

LOS ADR «ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION» EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

CAROLINA MACHO GÓMEZ

*Doctoranda en Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 14.07.2013 / Aceptado: 17.07.2013

Resumen: Los métodos alternativos de resolución de conflictos están adquiriendo una gran relevancia en el ámbito comercial internacional. El protagonismo que posee la autonomía privada de las partes, junto con su flexibilidad y su carácter informal permiten resolver los conflictos con el menor coste económico y tiempo posible, a la vez que se logra una mayor implicación de las partes. Este trabajo tratará de exponer las diferentes funciones, usos y configuraciones que se les está otorgando actualmente a estos instrumentos dentro del comercio internacional. Todo ello con el fin de lograr una utilización más adecuada de los mismos.

Palabras clave: métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), negociación, arbitraje, mediación, *neutral evaluation*, peritaje, *adjudication*, procedimiento precautorio prearbitral, *expert determination*, *dispute boards*, *mini-trial*, *summary jury trial*, *partnering*, *alliancing*.

Abstract: Alternative dispute resolution are gaining a great importance in the international commercial field. Its flexibility, informal nature, together with the private autonomy role of the parties make possible to settle conflicts with cost and time efficiency, as well as more parties' involvement. This article will aim to show the different functions, uses and settings which are being given to these means of dispute resolution in the international commercial sector, in order to achieve a proper use of them.

Key words: alternative dispute resolution (ADR), negotiation, arbitration, mediation, neutral evaluation, fact-finding, adjudication, pre-arbitral referee, expert determination, dispute boards, mini-trial, summary jury trial, partnering, alliancing.

Sumario: I. Concepto. 1. Definición y características. 2. El término «alternative». A) ADR y arbitraje. B) ADR y negociación. II. Objeto: el término «dispute». III. Función: el término «resolution». IV. Clasificación. 1. ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutorios. 2. ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales. V. Análisis de los distintos ADR utilizados en el comercio internacional. 1. Neutral Evaluation. 2. *Fact-finding* o Peritaje. 3. *Adjudication*. 4. Procedimiento precautorio prearbitral. 5. *Expert Determination*. 6. *Dispute Boards*. 7. *Mini-trial*. 8. *Summary Jury Trial*. 9. *Relationship contracting*. A) *Partnering*. B) *Alliancing*. VI. Diseño de sistemas de resolución de conflictos.

I. Concepto

1. El acrónimo ADR sirve para designar a los «alternative dispute resolution» -traducido al español como los *métodos alternativos de resolución de conflictos*⁻¹. Sin embargo, la determinación de

¹ A pesar del uso mayoritario del acrónimo «ADR», los autores españoles también emplean otros términos como «MASC» («mecanismos alternativos de solución de conflictos») o «modalidades alternativas de solución de conflictos»), o «MARC» («mecanismos alternativos de resolución de conflictos»); y expresiones similares como «mecanismos extrajudiciales de solu-

los aspectos que definen a los ADR no es una cuestión pacífica en la doctrina. Por esta razón, el presente epígrafe analizará el concepto de ADR.

1. Definición y características

2. Los ADR se definen como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia².

3. Partiendo de esta definición se pueden extraer las características delimitadoras de los ADR, es decir, aquellas que permiten diferenciar a los ADR del resto de métodos de solución de conflictos: a) el protagonismo de la autonomía de la voluntad; b) la naturaleza puramente contractual; c) la flexibilidad; d) la rapidez y reducido coste económico; e) la importancia de los intereses de las partes y; f) la presencia de uno o varios terceros.

- a) *Autonomía privada*. Las partes son libres para constituir y reglamentar el método alternativo de solución de conflictos que estimen conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 Cc). Aquéllas no sólo deciden el ADR que quieren emplear, sino que pueden moldearlo según sus propias necesidades y circunstancias³. A pesar de que cada mecanismo tiene una estructura más o menos definida, las partes pueden configurar sus diferentes extremos. En esta tarea, se ha de destacar la posibilidad de establecer el grado de participación y funciones del tercero⁴. Tienen la potestad para acordar someterse a la decisión vinculante de éste -aunque tenga sólo naturaleza contractual-, o simplemente configurar dicha resolución como una mera recomendación, que podrá ser o no ser aceptada, e incluso, establecer que sólo ellas mismas, con la asistencia de un tercero, sean las que trabajen para llegar a una solución. A su vez, y en cuanto al procedimiento se refiere, aunque éste suele tener un carácter voluntario, esto es, basta que una de las partes quiera poner fin al desarrollo del mismo para que éste concluya, también existe la opción, aunque excepcional, de que deban ser ambas las que muestren su disconformidad a la continuación

ción de conflictos» o «medios alternativos de solución de diferencias». *Vid. ad. ex.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009, pp. 12-13; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en asuntos civiles», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, p. 117; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos alternativos de resolución de conflictos)», en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, p. 152; C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción en el Derecho civil», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I*, Madrid, 2010, p. 20.

² La autocomposición, cuando interviene un tercero, se refiere a la asistencia que éste presta a las partes para que sean ellas mismas las que logren un acuerdo, esto es, actúa *inter partes*. Mientras que en la heterocomposición el tercero se sitúa *supra partes*, en otras palabras, son ellas las que acuden aquel para someterse a la decisión que éste adopte. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, pp. 58-63; V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho procesal*, 4ª ed., Madrid, 2003, pp. 18-20; V. MORENO CATENA, «La resolución jurídica de conflictos», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, pp. 31-33.

³ Es cierto que el inicio de algunos ADR se puede producir por prescripción legal, como ocurre con la normativa del Reino Unido sobre la *adjudication* para los conflictos relativos a proyectos de construcción; o con la mediación, la cual puede iniciarse no sólo por precepto legal, sino por orden del órgano jurisdiccional correspondiente. Sin embargo, en el primer caso, además de ser una ordenación puntual y aislada, se establece previamente la posibilidad de que las partes acuerden el inicio del método, y así, puedan configurarlo como estimen conveniente, *vid. infra*, nº 28. Mientras que en el caso de mediación, dicha obligatoriedad suele reducirse a la asistencia a una sesión informativa, debido al principio de voluntariedad que rige dicho método.

⁴ *Vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation in international business*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 174-206; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», en I. HEREDIA CERVANTES (ed.), *Medios alternativos de solución de controversias*, Madrid, 2008, p. 83. Aunque el dominio que las partes tienen sobre el procedimiento es una de las características de los ADR, se debe tomar en consideración que cuanto más poder le otorguen las partes al tercero, menos control tendrán las mismas sobre el procedimiento, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution in international business, vol. II Handbook*, 2ª ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, p. 41.

del mismo, de manera que si sólo una de ellas expone dicho rechazo, no será suficiente para poner término al mismo⁵.

- b) *Naturaleza contractual*. Dicha característica no sólo se predica del acuerdo inicial entre las partes en orden a llevar a cabo el ADR elegido, sino que también se atribuye al acuerdo o decisión que pone fin a la controversia. La solución, ya sea dictaminada por un tercero o sea obtenida por las propias partes, posee un mero carácter contractual, careciendo tanto del efecto de cosa juzgada como de la condición de título ejecutivo⁶.
- c) *Flexibilidad*. Dicha característica es consecuencia de la autonomía privada reinante en estos métodos, así como de su falta de regulación, o en todo caso, de una normativa muy respetuosa con tal principio. Es una de las mayores ventajas de los ADR en comparación con otros mecanismos, especialmente en el comercio internacional, en tanto que permite a las partes focalizar todos sus esfuerzos en resolver el conflicto sin tener que lidiar con los habituales obstáculos procedimentales reflejados en aquellos métodos detalladamente regulados⁷.
- d) *Rapidez y reducido coste económico*. Dos de los objetivos primordiales de los ADR, que los diferencian de otros métodos de resolución de conflictos, son lograr soluciones de la forma más rápida y con el menor coste económico posible, es decir, resolver las controversias de forma eficiente. Ambos extremos, se hacen especialmente importantes en el ámbito comercial internacional, donde están en juego negocios de gran envergadura, que suponen grandes cantidades de dinero. Este ahorro no sólo se produce por el menor tiempo invertido, sino por los propios costes -directos e indirectos- que supone un proceso judicial o un arbitraje. Entre estos últimos se deben tener en cuenta tanto los daños producidos en la relación comercial existente, como la pérdida de futuras relaciones con la parte en conflicto⁸. Pues bien, los ADR evitan tales confrontaciones, intentando convertir las diferencias en oportunidades de mejora de las relaciones entre las partes, desarrollándose en un ambiente cooperativo donde se fomenta la confianza y la buena fe de las partes⁹.
- e) *Solución conforme a los intereses de las partes*. Los ADR están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho. Ello no significa que no se tengan en cuenta las normas jurídicas que rigen el conflicto en cuestión, de hecho aquéllos interactúan y están íntimamente relacionados con éstas. En otras palabras, la solución a la controversia, a través de estos métodos, se basa en los intereses que tengan los sujetos enfrentados, pero sin perder de vista la perspectiva legal. Esta forma de solventar las controversias es mucho más efectiva. En el caso del comercio internacional, los

⁵ Sólo el Reglamento de Peritaje, así como el de Procedimiento Precautorio Prearbitral, y únicamente en sus regulaciones de la CCI reconocen esta posibilidad (*vid. infra*, nota 62 y nota 80), si bien, en los ADR, y en especial en la mediación, a diferencia del proceso judicial y del arbitraje, no es la regla general, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 43-44.

⁶ En cualquier caso, la regulación dada a la mediación en España (art. 23 Ley 5/2012), así como las propias características de otros ADR -*adjudication, expert determination o dispute boards*-, hace que los acuerdos finales de las partes o resoluciones de los terceros derivados de dichos mecanismos tengan efectos similares a un contrato de transacción. En otras palabras, aunque no son título ejecutivo, sí gozan de la eficacia refleja del contenido del acuerdo o resolución. Ello no significa que tengan efecto de cosa juzgada tal y como se predica de las sentencias judiciales. Dichos acuerdos finales de mediación o resoluciones de terceros sí pueden ser objeto de un proceso posterior, si bien, el juez debe tomar como supuesto de hecho dicho acuerdo o resolución. El juez está obligado a tener en cuenta las citadas decisiones y no contradecirlas, no podrá decidir una pretensión de modo distinto a como se resolvió por el ADR en cuestión. Si bien, ello no impide que pueda entrar a valorar la propia validez del acuerdo o resolución.

⁷ En los últimos tiempos, se están aprobando numerosas normativas sobre mediación, por ser el ADR más utilizado y extendido. Si bien, sus disposiciones están respetando el protagonismo que la autonomía privada de las partes tiene en este método, limitando su regulación a aspectos muy concretos, y conservando, de esta manera, su flexibilidad. El resto de ADR no gozan de una regulación generalizada, sino sólo para algunos sectores y en determinados países, de manera que suelen llevarse a cabo en virtud de los reglamentos que aprueban las instituciones internacionales especializadas en este campo, pero no según las legislaciones de los Estados.

⁸ *Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, Arbitration and mediation..., op. cit.*, pp. 175-176, 206.

⁹ Este aspecto diferencia claramente los ADR del arbitraje, pero sobre todo, del proceso judicial, métodos más contenciosos, donde existe una lucha entre las partes por ganar el caso, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 42-43.

citados intereses se traducen en factores de tipo económico, caracterizados por facilitar el acuerdo de las partes, y por permitir soluciones mucho más flexibles e imaginativas¹⁰.

- f) *El tercero*. La necesaria presencia de uno o varios terceros también es una característica propia de los ADR. Sus funciones pueden ser muy variadas: desde la emisión de una mera recomendación o una decisión vinculante (heterocomposición); a la simple asistencia a las partes para que sean éstas, exclusivamente, las que lleguen a un acuerdo (autocomposición). Dentro del comercio internacional, y especialmente, en las tareas heterocompositivas, el tercero suele ser un experto en la materia objeto de disputa. En cambio, cuando debe ejercerse un papel autocompositivo, la aptitud y experiencia en el campo de la gestión de conflictos es más valorada que su conocimiento técnico del sector del comercio donde se ubica la controversia¹¹.

2. El término «alternative»

4. La utilización del término «alternative» ha sido y sigue siendo a día de hoy fuente de discusión doctrinal¹². La primera cuestión que se plantea es: ¿a qué son alternativos? De forma general se entiende que el concepto de ADR se refiere al conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, esto es, aquellos que ofrecen una *alternativa* al mecanismo de solución de disputas más tradicional¹³. Efectivamente, si atendemos a su origen histórico, cuando nació el «movimiento

¹⁰ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pp. 174-175; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento ADR (alternative dispute resolution) en las relaciones transfronterizas», *RCEA*, 2005, p. 95; R. HILL, «The theoretical basis of mediation and other forms of ADR: Why they work», *Arbitration Int'l*, vol. 14, nº 2, 1998, pp. 174-175.

¹¹ En cualquier caso, la utilización de expertos también es una característica propia en el arbitraje comercial internacional, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil & gas industry: an oilman's perspective», *TDM*, vol. 3, July 2004, p. 3. En este sentido, existen otros extremos que arbitraje y ADR tienen en común como el principio de la confidencialidad, la imparcialidad, y en cierta medida, la neutralidad, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative mediation: legal perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 27. La neutralidad necesita de una previa matización, pues no es un concepto tan claro. En la mediación, y por ende, en el resto de métodos autocompositivos, este principio se entiende como la imposibilidad del tercero para dar su opinión, sugerir o imponer un determinado acuerdo, debiendo respetar las posturas de las partes y preservando el equilibrio entre las mismas, vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., pp. 173-175. Mientras que en el arbitraje, y en el resto de ADR heterocompositivos, se refiere al modo de elegir a los terceros, de manera que se preservará la neutralidad si son nombrados por acuerdo de las partes o por otra persona o institución ajena a las mismas, por el contrario, si son elegidos por cada una de las partes, dicha neutralidad no se producirá, si bien, ello no significa que aquellos no actúen con imparcialidad. Pues bien, la neutralidad está presente prácticamente en todos los ADR, a excepción del *joint fact-finding*, (vid. *infra*, nº 26), y también en el arbitraje, si bien, en éste último se puede observar con mas frecuencia el uso de árbitros de parte dentro de un tribunal arbitral, vid. A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989, pp. 101-106.

¹² De ahí que se haya optado por identificar la «A» con otros vocablos como «apropiado», «adecuado», «adicional» o «amigable», vid. *Guía del ADR. de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)*, Paris, 2001, p. 1; S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Valencia, 1999, p. 69; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford, 2010, p. 5; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court: a dispute resolution handbook*, 3ª ed., Canada, 2005, p. 4; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR): The spectrum of hybrid techniques available to the parties», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures*, vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 341-345; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide: commercial dispute resolution*, 2ª ed., London, Dublin, Edinburgh, 2000, p. 9; M.A. SCHONEWILLE, K.H.FOX, «Moving beyond «just» a deal, a bad deal or no deal», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, op. cit., p. 82. También, se han modificado los términos correspondientes a todas sus siglas, identificando el acrónimo ADR como «Avoiding Desastrous Results», vid. J. RISSE, C. WAGNER, «Mediation im Wirtschaftsrecht», en F. HAFT, K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, *Handbuch Mediation*, 2ª ed., München, 2009, p. 556.

E incluso, existen instrumentos reguladores que, de forma explícita, evitan el uso de tal término debido a su falta de concreción, vid. *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional*, p. 11. Por último, se ha propuesto el cambio de siglas, refiriéndose a EDR «Efficient, Effective o Expedited Dispute Resolution», vid. M. KALLIPETIS, S. RUTTLE, «Better dispute resolution – The developments and practice of mediation in the United Kingdom between 1995 and 2005», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business: Practice and issues across countries and cultures*, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 191-248.

¹³ Vid. K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., p. 49; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., p. 5; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, 1999, pp. 12, 20; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 169; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, 1992, pp. 1-2; J. RISSE, C. WAGNER, «Mediation im...», loc. cit., op. cit., p. 556; G.R. WOODMAN, «The alternative law of alternative dispute resolution», en C. SAMSON, J. MCBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Sainte-Foy, 1993, pp. 582-584.

ADR» en EE.UU, se utilizó el adjetivo «alternative» para destacar la contraposición con el citado proceso, debido a que la mediación, máximo exponente de los ADR, empezó a utilizarse como método al margen de la actividad de los órganos jurisdiccionales, y del poder del Estado¹⁴. Sin embargo, a partir de los años 80, el empleo de los ADR comenzó a generalizarse. El efecto de dicha universalización fue el uso de los mismos en el marco de los tribunales. En definitiva, los ADR se integraron en la práctica de los órganos jurisdiccionales, dejando de ser, exclusivamente, métodos *alternativos* al sistema estatal legalmente establecido¹⁵, para convertirse en complementarios al mismo¹⁶. Ante tal realidad, y para evitar esta problemática, algunos autores han propuesto utilizar el término ADR como sinónimo de DR (*dispute resolution*), esto es, incluyendo en el mismo a todo método de solución de conflictos, incluido el proceso judicial¹⁷.

5. Esto no significa que no exista una diferenciación clara entre ADR y proceso judicial. Los ADR son cauces extrajurisdiccionales, esto es, mecanismos desarrollados por personas que no están ejerciendo el poder jurisdiccional¹⁸. Otro aspecto importante que les diferencia es su carácter voluntario: las partes deben ponerse previamente de acuerdo para participar en alguno de dichos métodos, y además pueden generalmente abandonarlo en cualquier momento¹⁹. En todo caso, dicha dicotomía ADR-proceso judicial sigue siendo criticada, en tanto que de ella se deriva otra consecuencia errónea: la falsa homogeneidad del resto de ADR, cuando algunos, como el arbitraje, tienen más en común con el proceso judicial que con otros instrumentos de solución de conflictos²⁰. En este sentido, una cuestión

¹⁴ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit. p. 69; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., p. 11; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*, 3ªed., Gaithersburg, New York, 1999, p. 7; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute resolution: an overview», *U. Fla. L. Rev.*, vol. 37, nº 1, 1985, p. 1.

¹⁵ En este sentido, vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit. pp. 52-53; H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution: panacea or anathema?», *Harv. L. Rev.*, vol. 99, nº 3, 1986, pp. 669, 672-675; J. RESNIK, «Failing faith: adjudicatory procedure in decline», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, pp. 535-539; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute...», loc. cit., pp. 1-2; W. TWINING «Alternative to What? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in Anglo-American jurisprudence: some neglected classics», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, nº 3, 1993, p. 382.

¹⁶ Dicha complementariedad se predica tanto de los ADR intrajudiciales, como extrajudiciales, vid. *Libro Verde Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*, COM (93) 576 final, p. 9. Sin embargo, deben realizarse ciertas precisiones en torno a la citada idea de complementariedad. En primer lugar, no se debe perder de vista la relación de complementariedad que los ADR también tienen con el arbitraje, (vid. ad. ex. *Guía del ADR...*, op. cit., p. 2); e incluso entre ellos mismos, especialmente en el ámbito comercial internacional, vid. *infra*, nº 48-51. Por otra parte, tal relación no se produce siempre y en todo caso, al existir litigios que no son adecuados al tratamiento que pueden ofrecer los ADR, vid. C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», loc. cit., op. cit., pp. 120-121; y por el contrario, se producen conflictos que son tratados por los ADR, pero no son susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales -aunque sí puedan ser sometidos a arbitraje- por no ser estrictamente jurídicos.

Teniendo en cuenta esta idea de complementariedad, junto a ella también se ha admitido la alternatividad de éstos métodos, no en términos de exclusión respecto del proceso judicial, sino como otras vías que se basan en principios diferentes -respetando siempre el derecho a la tutela judicial efectiva-, y que, en cualquier caso, pueden convertirse en verdaderamente alternativas si logran llegar a un acuerdo que evite el empleo de otros métodos de resolución de disputas. Vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pp. 107-109.

¹⁷ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., p. 9; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., pp. ix, 4. En este sentido, K.P. BERGER emplea el acrónimo DRP (*dispute resolution process*) para referirse al conjunto de métodos de solución de conflictos globalmente considerados y sin distinción alguna, vid. *Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 38-40.

¹⁸ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit., pp. 167-169.

¹⁹ Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 41, 42, 48.

²⁰ Vid. R.A. BARUCH BUSH, «Defining quality in dispute resolution: taxonomies and anti-taxonomies of quality arguments», *Den. U. L. Rev.*, vol. 66, nº 3, 1989, p. 343. Esta concepción de ADR amplía, en tanto no identificada tan sólo con la mediación, pero excluyendo a su vez de la misma tanto la negociación como el arbitraje, en principio, es muy similar a la ofrecida por la CCI en su Reglamento sobre la materia, el cual establece: *los procesos que no dan lugar a decisiones o laudos emitidos por un Tercero que sean susceptibles de ejecución legal*. A pesar de tal similitud, el concepto de ADR de la CCI tendrá menos métodos subsumidos en él debido a varios motivos: a) Por la forma en que algunos de ellos se configuran, vid. *Guía del ADR...* op. cit., p. 8, y que en años posteriores, han dado lugar a una regulación separada, como es el caso de los *Dispute Review Boards* y los *Dispute Adjudication Boards*; b) porque otros ya se encontraban regulados con anterioridad a tal Reglamento de ADR, gozando, además, de ciertas características especiales en su configuración, y que no siempre se reproducen en otros ámbitos

muy debatida gira en torno a la inclusión o no de determinados mecanismos, en particular, del arbitraje y de la negociación, dentro del término ADR.

A) ADR y arbitraje

6. La concepción de ADR como el conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, se encuentra reflejada desde los primeros escritos publicados en los años 80, cuando la doctrina estadounidense comenzaba a interesarse por estos métodos²¹. Sin embargo, con el paso de los años y el desarrollo práctico de los ADR, tal concepción ha ido evolucionando. Reflejo de tal transformación, es el debate que existe, en la actualidad, sobre la inclusión o la exclusión del arbitraje como ADR²². En concreto, en cuanto al ámbito comercial internacional se refiere, mientras que en EE.UU la tendencia general es la conservación del concepto tradicional de ADR²³, en Europa, la postura mayoritaria es la opuesta, esto es, se entiende que el arbitraje no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos²⁴.

7. Aquellos que defienden la identificación del arbitraje como ADR, se basan, principalmente, en los mismos argumentos utilizados para diferenciar al proceso judicial del resto de métodos de arreglo de diferencias: el árbitro no ejerce una potestad jurisdiccional y el arbitraje es un procedimiento al que las partes se han sometido voluntariamente. Además, también se utilizan otros argumentos de corte práctico, como es la indudable influencia del arbitraje en el resto de ADR, como ocurre con las diferentes modalidades de *med-arb* o *arb-med*, de ahí su necesaria consideración conjunta²⁵.

8. Por otra parte, la exclusión del arbitraje comercial internacional del concepto de ADR se ha defendido, fundamentalmente, sobre la base de dos argumentos. El primero de ellos se apoya en la flexi-

distintos de la regulación de la CCI, como es el caso del Peritaje y el Procedimiento precautorio prearbitral, *vid. infra*, nº 62 y nº 80. En cualquier caso, muestra de la amplitud que la CCI da al acrónimo ADR, es que dentro del mismo incluye: la mediación; la *neutral evaluation*; el *mini-trial*; así como cualquier otra técnica de solución, o una combinación de ellas. Dejando así una lista abierta a cualquier otro método que cumpla con unas mínimas características, *vid. Guía del ADR...*, *op. cit.*, p. 8.

²¹ *Vid. ad. ex.*, H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution...», *loc. cit.*, pp. 673-675, 680-681; S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute resolution*, Boston, Toronto, 1985, pp. 7-8; J. RESNIK, «Failing faith...», *loc. cit.*, p. 536; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute...», *loc. cit.*, pp. 3-11.

²² En el plano interno, no existe una postura unánime de todos los países. Hay Estados, como Inglaterra y Gales, Francia, y Polonia, donde sí existe la diferenciación entre arbitraje y ADR, *vid. J. WARNE, T. DANE, «England & Gales», O. DEBOUZY, B. JAVAUX, «France» y M. HARTUNG, K. PETRUCZENKO, «Poland», en J. WARNE (ed.), International commercial dispute resolution*, West Sussex 2009, pp. 255-258, 279, 546.

En cuanto al Reino Unido se refiere, A. COLLINS en 1988, ya remarcaba dicha distinción, en contraposición con EE.UU, que incluía el arbitraje dentro del acrónimo ADR, en el artículo titulado «Developments in Alternative Dispute Resolution in North America», *Arbitration*, vol. 54, nº 4, November 1988, pp. 242-243.

Otros Estados, como Alemania, el arbitraje sigue considerándose un ADR más, *vid. K. VON HASE, «Germany», en J. WARNE (ed.), International commercial...*, *op. cit.*, pp. 336-337.

^{En} España, de forma general, la doctrina considera al arbitraje incluido, *vid. ad. ex.*, S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, pp. 81-86, 113-115, 207-240; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pp. 26, 73-76; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial mediation in Europe. National mediation rules and procedures*, Vol. I, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 457; M.A. PEÑA YAÑEZ, J.L. UTRERA MOLINA, M.L. MINGO BASAÍL, C. FERNÁNDEZ CARRÓN, M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «La mediación en el ámbito familiar: Cauce para la resolución pacífica de los conflictos», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, p. 136.

²³ *Vid. ad. ex.* C.S. BALDWIN, R.A. BRAND, D. EPSTEIN, M.W. GORDON, *International civil dispute resolution: a problem-oriented coursebook*, 2ª ed., Minnesota, 2008, p. 670; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution: consensual ADR processes*, Minnesota, 2005, pp. 18-20.

²⁴ *Vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 50; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends?», *Rev. Trim. Dr. Com.*, nº 2, 2012, pp. 225-243; M. BLESSING, «Drafting arbitration clauses», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 5, 1994, pp. 54-57; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, p. 173; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR», en M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006, p. 22. También apoya tal exclusión la CCI, *Guía del ADR...*, *op. cit.*, p. 1; D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Amicable means to resolve disputes: How the ICC ADR Rules work», *J. Int'l Arb.*, vol. 21, nº 1, 2004, pp. 91-92.

²⁵ *Vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 50; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 12.

bilidad propia de los ADR. En este sentido, el arbitraje comercial internacional ha sido, a lo largo de los años, el método común y tradicionalmente utilizado para solventar las controversias, en otras palabras, el arbitraje es, en el comercio internacional, lo que el proceso judicial es en el ámbito interno de resolución de conflictos²⁶. Tal realidad ha llevado a una regulación excesiva de la institución, a su formalización, y en consecuencia, a convertirse en un procedimiento demasiado largo y costoso para las partes, diferenciándose así, de los ADR, más flexibles, menos regulados, donde las partes y su voluntad tienen mayor protagonismo, logrando así mecanismos de solución de conflictos más rápidos y con menor coste económico²⁷.

El segundo razonamiento, se basa en los efectos procesales del arbitraje, esto es, en la obligatoriedad y carácter definitivo de los laudos arbitrales, constituidos como títulos ejecutivos y equivalentes a las resoluciones judiciales²⁸. Aunque la potestad jurisdiccional la posean, en exclusiva, jueces y tribunales, lo cierto es que los árbitros, en tanto que emiten laudos que son títulos ejecutivos con efecto de cosa juzgada, ejercen una función jurisdiccional, si bien no gozan del citado *imperium*, en tanto que dicha función se deriva, tan sólo, de la voluntad de las partes enfrentadas²⁹. Todo ello, lleva a considerar su exclusión del concepto de ADR, caracterizado por englobar métodos cuyas decisiones o acuerdos finales, en principio, tan sólo tienen

²⁶ Vid. H.I. ABRAMSON, «Time to try mediation of international commercial disputes», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1998, p. 325; J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional», *Not. Unión Eur.*, mayo 2009, pp. 11-14; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international...», *loc. cit.*, pp. 225-243; K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective», *TDM*, vol. 1, February 2004, p. 1; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 169; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation», *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 1, 2004, p. 2.

²⁷ Aunque el arbitraje comercial internacional garantiza mayor confidencialidad, así como mayor independencia y conocimiento de la materia por parte del tercero que el proceso judicial, lo cierto es que se ha convertido en un procedimiento incluso más largo, y en consecuencia más costoso que aquel, debido a que, en ocasiones, los árbitros no tienen una dedicación a tiempo completo sobre el arbitraje en cuestión. En general, métodos como la mediación, suponen entre un 15-25% del coste total que tendría el proceso judicial o el arbitraje en un mismo asunto, implicando, a su vez, entre un 15-25% del tiempo total que conllevarían ambos procesos para la misma disputa. Este promedio se basa, principalmente, en un factor: mientras que los ADR crean un clima de cooperación y confianza entre las partes, donde prima la buena fe y la comunicación fluida de las mismas, tanto en el arbitraje como en el proceso judicial, se gasta mucho tiempo y dinero en contraatacar los argumentos de la parte contraria a través de grandes equipos jurídicos, todo ello respetando las debidas garantías de la regulación correspondiente. En otras palabras, la confrontación y el respeto a las normas que la regulan, aspecto característico del proceso judicial y arbitral, es sinónimo de mayor duración en el tiempo y de mayor coste económico, *vid. J. ALMOGUERA GARCÍA*, «La directiva europea...», *loc. cit.*, pp. 14-15; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international...», *loc. cit.*, pp. 232-233; K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute...», *loc. cit.*, pp. 2-7; M. MCILWRATH, R. CALABRESI, ««Just winning» is not a business goal: an approach to selling managers on the concept of mediation in international commercial disputes», *TDM*, vol. 1, February 2007, pp. 2-6.

²⁸ Vid. K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 50; H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 3; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, p. 100; *Libro Verde...*, *op. cit.*, p. 6. N. ALEXANDER, a pesar de hablar de métodos de resolución de conflictos en general, dentro de los cuales, se encuentra el arbitraje, sí diferencia a éste de otros, en tanto que la decisión es obligatoria, *vid. International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 9, 10, 27-28. De forma prácticamente unánime se entiende que el arbitraje comercial internacional es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta, contractual por su origen y procesal por sus efectos. El debate en torno a la naturaleza jurídica estrictamente contractual –*teoría privatista pura o contractual*–, en virtud de la cual, el arbitraje es un contrato por el que las partes delegan el arreglo de diferencias a un árbitro; o procesal –*teoría publicista pura o jurisdiccional*– según la cual, lo característico del arbitraje es el laudo arbitral, resolución semejante a las sentencias judiciales, ha desaparecido. Por todo ello, la utilización del argumento para excluir el arbitraje del concepto de ADR no significa que se siga la *teoría publicista pura o jurisdiccional*, sino que constituye la toma en consideración de uno de los aspectos que conforman la naturaleza híbrida de tal institución, *vid. A-L. CALVO CARAVACA*, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, pp. 19-21. Para profundizar sobre la naturaleza del arbitraje, *vid. H. MOTULSKY*, *Écrits II. Études et notes sur l'arbitrage*, París, 1974, pp. 5-25; B. OPPETIT, «Justice étatique et justice arbitrale», en *Aa.Vv. Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, p. 415-426.

²⁹ Prueba de la falta de potestad jurisdiccional de los árbitros es su imposibilidad para *hacer ejecutar lo juzgado*. Para solicitar el *exequatur* y la ejecución forzosa es necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales. Sin olvidar también, la posibilidad de interponer recurso de anulación del laudo arbitral. Por esta razón, se habla del arbitraje como «equivalente jurisdiccional», *vid. ad. ex.*, STC Sala Segunda, núm. 43/1988, 16 de marzo; STC Pleno, núm. 15/1989, 26 de enero; STC Pleno, núm. 62/1991, 22 de marzo; STC Sala Primera, núm. 288/1993, 4 de octubre; STC Pleno, núm. 174/1995 23 de noviembre; ATC Sala Primera, núm. 326/1993, 28 de octubre; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 457; «método para-jurisdiccional», *vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999, p. 274; o «cuasi-jurisdiccional», *vid. M. BLANCO CARRASCO*, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pp. 96-98; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 62.

una naturaleza contractual. Para que ésta adquiera fuerza ejecutiva, además del consentimiento de las partes en este sentido, se necesitará acudir a las autoridades públicas -normalmente a los tribunales y notarios-, o bien, continuar el procedimiento arbitral para que el contenido de tal acuerdo se recoja en el correspondiente laudo. El carácter meramente contractual de las resoluciones que derivan de los ADR, y por el contrario, la constitución de los laudos arbitrales como títulos ejecutivos con efectos de cosa juzgada, provocan, precisamente, que aquéllos sean complementarios no sólo al proceso judicial, sino también, al arbitraje³⁰.

9. De los dos argumentos expuestos se infiere que, a pesar de las similitudes que el arbitraje pueda tener con los ADR -como la confidencialidad, la imparcialidad o la general utilización de expertos para actuar de terceros, o la posibilidad de acordar otros extremos configuradores del procedimiento-, las diferencias entre ambos son suficientemente importantes como para entender que aquel no puede ser considerado un método alternativo de resolución de conflictos. Ni comparten la misma naturaleza -el arbitraje es contractual-jurisdiccional y los ADR son puramente contractuales-; ni gozan de las mismas características -los ADR son más flexibles e informales, apenas están regulados, todo ello con el fin de resolver las controversias de la forma más rápida y económica posible; mientras que el arbitraje es más rígido, a la vez que es objeto de una mayor reglamentación con el fin de aportar garantías suficientes a las partes, haciendo el procedimiento más lento y costoso-.

B) ADR y negociación

10. La negociación ha sido también objeto de debate en torno a su inclusión o exclusión dentro del concepto de ADR. En el ámbito del arreglo de diferencias, la negociación se define como cualquier comunicación llevada a cabo directamente por las partes en orden a lograr la solución del conflicto³¹. Los defensores del concepto tradicional de ADR incluyen la negociación dentro del mismo en tanto que método destinado a solucionar conflictos distinto del proceso judicial.

11. Sin embargo, de su definición se extrae una diferencia fundamental con el resto de ADR: no existe la participación de un tercero, sino que son las propias partes, las que logran llegar a un acuerdo exclusivamente por sí mismas³². De hecho, si éstas se sirvieran de un tercero para llegar a una solución, ya no se estaría ante una negociación, sino ante una mediación³³. Aunque este es el principal argumen-

³⁰ Esta idea de complementariedad ADR-arbitraje es muy habitual dentro del comercio internacional. Aunque su máximo exponente sean los *med-arb* (vid. J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», *loc. cit.*, p. 5), muchos de los métodos alternativos de solución de conflictos están pensados para un posible arbitraje posterior, de hecho esta es una de las estructuras más comunes a la hora de diseñar sistemas de resolución de conflictos en los contratos, *vid. infra*, nº 48-51.

³¹ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 136.

³² Dicha causa, que fundamenta la exclusión de la negociación, se utiliza tanto desde la perspectiva internacional, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 40-49; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 12; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 136 en relación con p. 169; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 8-9, 21, 24-25. Como desde la perspectiva interna, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pp. 16-17. Dentro de este mismo plano, y por igual razón, se excluye también la transacción, tanto la judicial como la extrajudicial, en tanto que ésta no incluye, siempre y en todo caso, la participación de un tercero, además de no configurarse como un ADR propiamente dicho, sino como uno de los posibles resultados a los que se puede llegar utilizando un ADR, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pp. 15-21; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats», *RIDC*, vol. 49, nº 2, 1997, pp. 356-357; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos de solución de controversias», *Jurídica-Anuario*, p. 397; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, 2006, pp. 463-466; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 457; C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 20.

³³ Una de las definiciones más extendidas de mediación -en su modalidad facilitadora- es su consideración como negociación asistida por un tercero, *vid.* L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation: How ADR techniques can help achieve durable agreements», *ICSID Review*, vol. 14, nº 2, Fall 2009, p. 82. En cualquier caso, esta diferencia es sustancial, en tanto que la intervención del tercero reconvierte la dinámica del método de resolución de disputas. En la negociación tradicional, se suele adoptar la dinámica del *win-lose*, a modo del proceso judicial tradicional, mientras que la participación del tercero permite a la mediación basarse en la filosofía *win-win*, asistiendo a las partes a lograr soluciones innovadoras e integradoras para ambas, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 262-264.

to para la exclusión de la negociación del concepto de ADR, también se puede alegar otra diferencia: la falta de estructura de la que carece la negociación, cuando los métodos alternativos de solución de conflictos sí son mecanismos con una configuración más o menos -muchos extremos dependerán de lo que acuerden las partes- organizada³⁴. En conclusión, y debido a todos los argumentos expuestos, la negociación debe considerarse excluida del concepto de ADR.

II. Objeto: el término «dispute»

12. Cuando nace el «movimiento ADR», y por tanto, comienza la utilización de tal término, éste sirve para designar a aquellos métodos cuyo fin, en tanto que mecanismos *alternativos* al proceso judicial, es, exclusivamente, la resolución de *disputas*, esto es, de asuntos susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales. En este sentido, se debe hacer mención al diferente matiz que, en este ámbito, se desprende de los términos «disputa» y «conflicto». Mientras que «disputa» tiene una connotación más bien jurídica, lo cual concuerda con el significado originario del acrónimo «ADR», el término «conflicto» goza de un alcance más amplio, esto es, se refiere a todo tipo de diferencias, también a aquéllas que pueden no ser objeto de demanda ante los órganos jurisdiccionales³⁵.

13. Los conflictos pueden definirse como *las situaciones donde los intereses de dos o más personas se oponen de tal manera que hace imposible que todos ellos puedan ser satisfechos*³⁶. Los conflictos pueden atravesar diferentes etapas: la primera fase donde existe una experiencia considerada como dañosa; en segundo lugar, cuando dicha situación perjudicial se atribuye a una determinada persona física o jurídica; en tercer lugar, cuando una de las partes exige un remedio o compensación a la que entiende es culpable de tal coyuntura nociva, y finalmente, cuando esta última rechaza tal queja³⁷. En esta última fase, cuando existe una negativa de la parte contraria es el momento en el que el conflicto se convierte en disputa³⁸. Teniendo en cuenta la amplitud del concepto de conflicto, éste se refiere tanto a los propios intereses que puedan tener las partes, -en el comercio internacional, principalmente, de tipo económico-, como a los derechos y obligaciones de cada una de ellas, en otras palabras, los conflictos pueden tener una naturaleza muy variada, no sólo jurídica. De hecho, en el ámbito que aquí se estudia, lo habitual es que la óptica económica y la legal se entremezclen. Sin embargo, a medida que los conflictos van escalando, y especialmente, cuando se llega a la última fase, es la perspectiva legal la que prevalece y predomina por encima de las demás, de ahí que, en general, las disputas sean jurídicas³⁹.

³⁴ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., p. 25; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles, process, practice*, Toronto, Vancouver, 1998, pp. 72-73. Aunque los citados autores solo exponen dicha diferencia respecto de la mediación, ésta puede extrapolarse al resto de ADR.

³⁵ Vid. C. MENKEL-MEADOW, *Dispute processing and conflict resolution*, Ashgate Dartmouth, 2003, p. xvi. El término controversia es similar al de conflicto, esto es, se caracteriza por su amplitud, vid. S.R. PEPPEL en «Contract formation in imperfect markets: should we use mediators in deals?», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 19, nº 2, 2004, p. 349; G.R. WOODMAN, «The alternative law...», loc. cit., op. cit., pp. 581-582.

³⁶ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 132.

³⁷ En cualquier caso, es importante tener en cuenta que los conflictos no deben verse como algo negativo o destructivo, sino todo lo contrario. Son parte intrínseca de la interacción y del comportamiento humano, así como motor de los cambios y evoluciones. Esta perspectiva es la que debe tomarse en consideración a la hora de gestionarlos, vid. L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, op. cit., p. 47; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 1.

³⁸ Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 24-28; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pp. 133-134; W.L.F. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, «The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...», *L. & Soc. Rev.*, vol. 15, nº 3-4, 1980-1981, pp. 631-637. Por esta razón, para referirse a una disputa se habla también de conflicto manifiesto, vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving dispute: Theory, Practice and Law*, New York, 2005, p. 21. Para profundizar sobre el concepto de conflicto, vid. R. ALZATE SAÉZ DE HEREDIA, «La dinámica del conflicto», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, op. cit., pp. 107-118; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., pp. 20-26; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pp. 137-160.

³⁹ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 133. Ello no significa que no puedan existir disputas que no sean jurídicas, en tanto que todo conflicto es una disputa potencial, basta con que la parte contraria se manifieste rechazando la pretensión de la otra. En este sentido, la disputa es una subcategoría de conflicto. Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., p. 24.

14. Aunque los ADR se empleen generalmente para resolver disputas, esto es, conflictos que se encuentran en su grado máximo de confrontación, en realidad, su objeto es mucho más amplio, no sólo se circunscribe a las disputas jurídicas propias de resolución por parte de los tribunales, sino que se extiende a los conflictos en toda la extensión del término. Reflejo de tal afirmación, son los numerosos problemas, normalmente de tipo técnico, que surgen durante un proyecto de larga duración. Dichos obstáculos, en muchas ocasiones, causados por factores exógenos y que ninguna de las partes había previsto, son perjudiciales para los intereses de una de ellas, si bien debe ser solventado por ambas en orden a la continuación de la actividad pactada⁴⁰. Otro caso suele producirse durante la negociación del contrato, donde muchas de sus controversias, como por ejemplo aquellas cuyo origen es la fijación de precios, a veces no podrán alcanzar una naturaleza jurídica. En ambos supuestos, el empleo de los ADR es lo más adecuado en orden a que las partes logren continuar con sus propósitos, ya sea la ejecución satisfactoria del contrato, o incluso, la firma del mismo⁴¹.

III. Función: el término «resolution»

15. Finalmente, se debe analizar la última sigla del acrónimo «ADR»: el término *resolution*. Cualquiera que sea el ámbito en el que se empleen estos métodos, su principal función es siempre la solución efectiva del conflicto planteado⁴². Dentro del comercio internacional, dicha finalidad se acentúa, porque de este modo, las partes pueden continuar con sus negocios, caracterizados por implicar, en la mayor parte de las ocasiones, grandes cantidades de dinero e importantes intereses.

16. A pesar del protagonismo indiscutible de la citada función, el término «resolución» -al igual que ocurre con «disputa»- no abarca todas las tareas que los ADR pueden llevar a cabo. En este sentido, las distintas finalidades que estos métodos pueden cumplir están íntimamente relacionadas con su objeto, el conflicto, y particularmente, con la amplitud del mismo. Partiendo de esta base, los ADR, en muchas ocasiones, sirven para prevenir el propio conflicto, la escalada del mismo, o existiendo éste, su eventual conversión en disputa⁴³; así como para mitigarlo o trabajarlo en orden a que sea otro método el que solventa la controversia -normalmente el arbitraje o el proceso judicial-⁴⁴.

vate dispute resolution..., *op. cit.*, pp. 18-23; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-4, 8-15. En cuanto a los distintos tipos de disputas, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 3-7.

⁴⁰ Un claro ejemplo se encuentra en el ámbito de los contratos de construcción internacional, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁴¹ En este trabajo, y sin perjuicio del matiz conceptual aquí explicado, los términos de disputa, conflicto, controversia, problema o diferencia -así como otros vocablos sinónimos- se utilizarán indistintamente.

⁴² Aunque en este estudio se utilizan los términos resolución y solución de forma sinónima, en sentido estricto, el primer vocablo corresponde a los métodos heterocompositivos, mientras que el segundo se relaciona con los autocompositivos -por ejemplo la mediación-, esto es, cuando son las partes las que logran llegar a un acuerdo por ellas mismas, *vid.* J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, p. 57.

⁴³ En cuanto a esta labor de prevención, *vid. ad. ex.* el *fact-finding* o peritaje, (*vid. infra*, nota 61); y los *dispute boards*, (*vid. infra*, nota 91). Si bien, los paradigmas de la prevención de los conflictos por su propia configuración son el *partnering* y el *alliancing*, (*vid. infra*, nº 41 y nº 45).

⁴⁴ Aunque esta última función suele complementarse con el arbitraje o el proceso judicial debido al afán resolutivo del ámbito comercial internacional, *vid. ad. ex.* el empleo de la *neutral evaluation*, (*vid. infra*, nota 58); del *fact-finding* o peritaje, (*vid. infra*, nº 25); del procedimiento precautorio prearbitral, (*vid. infra*, nota 78); o del *mini-trial* y el *summary jury trial*, (*vid. infra*, nota 111). En otros campos, dicha labor de los ADR puede ser un fin en sí misma, especialmente aquellos caracterizados por su naturaleza emocional y afectiva. Así, en el campo familiar, vecinal, penal, o intercultural, los ADR, y en especial la mediación, puede emplearse, simplemente, para lograr un mero acercamiento ante posiciones opuestas y muy alejadas de las partes, aunque ello no conlleve una solución efectiva del conflicto. *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, p. 23; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pp. 12-16; A. DEL MORAL GARCÍA, «La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, pp. 51-52; M. LÓPEZ-JURADO PUIG, «La mediación como profesión, algo más que una técnica», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, p. 4; M.A. PEÑA YAÑEZ, J.L. UTRERA MOLINA, M.L. MINGO BASAÍL, C. FERNÁNDEZ CARRÓN, M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «La mediación en el ámbito...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 136; G.R. WOODMAN, «The alternative law...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 582. En este sentido, se debe traer a colación la definición

17. En definitiva, del mismo modo que el vocablo «resolución» es más afín al concepto de «disputa», en tanto que un conflicto llevado a su máximo grado de confrontación, sólo puede ser objeto de resolución, ya sea por medio de un ADR o de otros métodos de resolución de conflictos, como el arbitraje o el proceso judicial. La idea de «conflicto» debe ir acompañada de una expresión mucho más amplia, que englobe no sólo la resolución, sino también la prevención y la atenuación del mismo. En este sentido, se puede decir que la función general de los ADR es la gestión o el tratamiento del conflicto —«conflict management»⁴⁵.

IV. Clasificación

18. A pesar de la flexibilidad característica de los ADR, consecuencia de la autonomía privada de las partes a la hora de conformarlos, éstos suelen ser objeto de dos clasificaciones. La primera atiende a las funciones que ejerce el tercero, así como a la naturaleza de la solución adoptada, dos extremos íntimamente relacionados⁴⁶. La segunda, se refiere a la relación entre los ADR y el proceso judicial⁴⁷.

1. ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutorios

19. Dicha clasificación atiende a la configuración que, de forma general, tiene cada uno de estos métodos, si bien, de igual modo, se tiene presente que las partes siempre pueden moldear, y por tanto, modificar, estos aspectos⁴⁸.

- a) Los *ADR facilitadores* se constituyen como los métodos donde la participación del tercero es mínima. Éste se limita a asistir a las partes para que sean ellas mismas las que logren llegar a un acuerdo. Paradigma de esta clase de ADR es la mediación y el *mini-trial*⁴⁹.
- b) En los *ADR evaluadores*, el tercero adquiere un papel más activo, se encarga de analizar la documentación presentada por las partes, escuchar sus argumentos, y en algunos métodos, si bien de forma excepcional, investigar distintos extremos relativos al conflicto. Por esta razón, y salvo ciertas excepciones, se suele elegir a un experto para tal tarea. Todo ello con la finalidad de realizar recomendaciones, esto es, exponer la solución que, en su opinión, estima más adecuada para el conflicto planteado, si bien, dicho pronunciamiento no es vinculante. Entre estos ADR se encuentran la *neutral evaluation*, el *fact-finding* o peritaje, el *summary jury trial*, y en principio, los *dispute review boards* y los *combined dispute boards* de la CCI⁵⁰.

que E. VINYAMATA ofrece de dicho método como el proceso que procurará establecer un acuerdo y *dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto*, *vid. Aprender mediación*, Barcelona, 2003, p. 17.

⁴⁵ *Vid.* L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, p. 50; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 7-8; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 133; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, pp. 94-95; A. SAIZ GARITAONAENDÍA, «Mediación, medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, pp. 74-76. A pesar de tal afirmación, en este trabajo, siguiendo con el significado convencional de las siglas ADR, se utilizará principalmente la expresión «resolución de conflictos».

⁴⁶ Es importante tener en cuenta que dicha clasificación parte del concepto dado de ADR en epígrafes anteriores. Existen otras clasificaciones, si bien, utilizan otras concepciones como premisa, *vid. ad. ex.*, G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 2-8.

⁴⁷ *Vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸ El diseño de sistemas de resolución de conflictos está basado, y sigue la lógica de esta clasificación, *vid. infra*, n° 48-51. Otros autores realizan clasificaciones muy similares, si bien utilizan un concepto de ADR más amplio, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 9-10; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, p. 342; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, p. 15; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 11-14. En este sentido, otra clasificación basada en las facultades del tercero distingue entre la labor consultiva o consensual, que abarca la facilitadora y la evaluadora; y la labor directiva o resolutoria, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 39-40; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴⁹ En cualquier caso, ambos ADR también pueden adquirir una función evaluadora.

⁵⁰ El *fact-finding* o peritaje puede configurarse como resolutorio, en tanto que la intervención del tercero puede ser mayor, adoptando una decisión vinculante para las partes, *vid. infra*, nota 62. En cuanto a las especiales características de los *dispute review boards* y los *combined dispute boards*, *vid. infra*, n° 32.

- c) Los *ADR resolutorios* se caracterizan por la máxima intervención del tercero, el cual, además de examinar los documentos presentados por las partes y de oír sus alegaciones, tiene atribuida, de forma común y general, una labor investigadora. Además y como resultado de dichas actividades, el tercero, que será un experto en la materia que se trate, dictará una decisión vinculante, aunque ésta sólo goce de naturaleza contractual. Ejemplos de estos ADR son: la *adjudication*, el procedimiento precautorio prearbitral, la *expert determination*, así como los denominados *dispute boards* del Banco Mundial y los *dispute adjudication boards* de la FIDIC y la CCI⁵¹.

2. ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales

20. Según esta categorización, los ADR intrajudiciales son aquellos que, aunque se desarrollan al margen del proceso judicial, se encuentran vinculados al mismo debido a que su utilización trae causa de la previa sugerencia u orden del juez, una vez iniciado el proceso judicial. Por su parte, los ADR extrajudiciales son aquellos que se desarrollan completamente al margen del proceso⁵².

V. Análisis de los distintos ADR utilizados en el comercio internacional

21. Aunque dentro del comercio internacional, -al igual que ocurre en el resto de ámbitos-, la mediación sea el paradigma de ADR, ello no significa que no se empleen otros métodos alternativos de arreglo de controversias. Dichos mecanismos, cada uno de ellos diseñados para prevenir o dar solución a concretas situaciones conflictivas que se presentan en el comercio transfronterizo, gozan de unas características propias que los hacen más adecuados a la hora de tratar determinadas disputas.

1. *Neutral Evaluation*

22. A través de este mecanismo, un tercero, generalmente un juez jubilado, un abogado experto en la materia, o una persona de reconocido prestigio en el sector del mercado donde la disputa surge⁵³, se encargará de asistir a las partes enfrentadas en un conflicto a través de una evaluación objetiva del mismo⁵⁴. Normalmente, éstas presentan al evaluador la documentación sobre el caso que estiman necesaria, para que, al cabo de unos días, tanto las partes como el tercero se reúnan⁵⁵. En esta sesión confidencial, aquéllas, habitualmente a través de sus abogados, exponen el caso al evaluador⁵⁶. A continuación, éste las ayuda a clarificar cuestiones, a identificar los puntos fuertes y débiles de ambas posiciones, y realizará una evalua-

⁵¹ Vid. *infra*, nº 27-34. FIDIC son las siglas de la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*.

⁵² El *Libro Verde* los denomina ADR en el marco de procedimientos judiciales y ADR convencionales respectivamente, *vid.* p. 7.

⁵³ La elección del tercero dependerá de la naturaleza del caso. En cuanto a los criterios a seguir para escoger de forma correcta, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution: the alternative*, Toronto, 1994, pp. 3-9, 3-10.

⁵⁴ En cuanto al ámbito comercial se refiere, es muy habitual en EE.UU, pero no tanto en Europa, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 8. La CCI incluye la *neutral evaluation* dentro de su Reglamento ADR, www.iccwbo.org/court/adr/id4444/index.html

Este ADR no sólo puede ser utilizado fuera del ámbito de los tribunales, sino también dentro del marco de un proceso judicial. De hecho, esta práctica es muy habitual. Precisamente, la primera vez que se llevó a cabo este ADR fue en su modalidad intrajudicial, de ahí que también se utilice el término *early neutral evaluation* (ENE). En este sentido, y como su propio nombre indica, los órganos jurisdiccionales en EE.UU suelen recomendar su empleo antes de llevar a cabo el *discovery*, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, p. 298; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 612. Si bien, no obsta para que pueda realizarse en otras fases posteriores del proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁵ El espacio de tiempo entre la entrega de documentación y la celebración de la sesión conjunta dependerá de la complejidad del caso, si bien, lo habitual es una semana.

⁵⁶ Durante las exposiciones de las partes, el tercero puede interrumpirlas para realizar las preguntas que estime convenientes, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, p. 299; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 3-6.

ción no vinculante sobre el caso, la cual puede ser expresada de forma oral o escrita⁵⁷. La principal finalidad de este ADR es mostrar a las partes sus perspectivas de éxito de forma realista, el eventual resultado ante un proceso judicial o un arbitraje, para así animarlas a alcanzar por sí mismas un acuerdo⁵⁸.

23. En general, la *neutral evaluation*, debido a su propia configuración, será más efectiva cuanto antes se realice dentro de la vida del conflicto. Por otra parte, este ADR es apropiado para aquellos casos cuya materia necesita de un experto capaz de simplificar y centrar los elementos verdaderamente esenciales del conflicto, de manera que las partes estén bien informadas sobre sus posibilidades y no se creen falsas expectativas. Se utilizan en casos jurídicamente complejos, donde existen múltiples partes con distintos y variados intereses, pero donde los hechos no son el centro de la disputa. Para tales casos, se encuentra el ADR expuesto a continuación.

2. Fact-finding o Peritaje

24. Muchos conflictos traen causa de las diferentes versiones de las partes en cuanto a los hechos acaecidos, o por dificultades estrictamente técnicas⁵⁹. Por ello, en este tipo de ADR, un tercero experto en el

⁵⁷ Incluso en aquellos casos más complejos, la sesión o sesiones no alcanzarán ni los dos días de duración. Aunque puede darse dicha posibilidad, en dichas sesiones no suelen participar ni testigos, ni expertos de cada una de las partes, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 182-183, 186, 191; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction arbitration law*, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 137; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, p. 37. Las partes acordarán que las alegaciones realizadas, así como el resultado obtenido a través de este ADR, no sean oponibles en procesos posteriores, especialmente, en un arbitraje o proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 190-191; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁸ El tercero, si así lo acuerdan las partes, también las puede asistir en esta labor, haciendo las veces de mediador. En tal caso, y para evitar dudas a cerca de la imparcialidad de la evaluación -debido a las informaciones confidenciales que pudiera obtener en las sesiones de las partes por separado durante la mediación-, ésta deberá quedar completada por escrito, aunque no publicada a las partes, antes de iniciar esta segunda fase *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 3-3, 3-7, 3-8.

Este ADR también puede tener como finalidad la gestión del conflicto con vistas a su preparación para un posterior arbitraje o proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 179; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris, 2003 p. 133. Dicho objetivo, difícilmente se desarrollará en el comercio internacional como primera opción, en tanto que en el citado ámbito, se busca una mayor eficiencia en términos de tiempo y dinero. Sin embargo, dicha finalidad puede configurarse como una ventaja ante un eventual proceso judicial o arbitraje, si este método de resolución de conflictos fracasa, porque las partes habrán trabajado sus posibles opciones ante el conflicto, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 3-1.

Si no se logra llegar a un acuerdo, el evaluador también puede asesorar a las partes en orden a elegir el método de resolución de controversias más adecuado al supuesto concreto, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 372-373; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 3-1, 3-8.

⁵⁹ Dentro del ámbito comercial internacional, las controversias que suelen tratarse en este tipo de ADR pertenecen al campo de la construcción, y de la industria dedicada a la ciencia y la tecnología, donde suelen darse complejos casos sobre propiedad industrial e intelectual. A título de ejemplo, estos son algunos de los asuntos que pueden quedar sometidos a este ADR: la evaluación de los activos de una sociedad, el coste de la realización de una operación financiera, o de una obra; determinación de precios de ciertos artículos; utilización de tecnología patentada; pruebas de rendimiento de determinados productos; funcionamiento de plantas industriales, *vid.* J-F. BOURQUE, «L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale», *Rev. Arb.*, nº 2, 1995, pp. 237-238; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, pp. 383-384; C. JARROSON, «Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale», *RIDC*, nº 2, 1997, p. 331.

Para que este ADR sea efectivo, es fundamental que se desarrolle en los primeros momentos de vida del problema, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-4, 2-5. Tanto el aspecto material como temporal, no sólo lleva a exigir la necesaria participación de un tercero experto, sino que hace inadecuado la eventual presentación de la disputa directamente ante un tribunal arbitral (y por ende, ante un órgano jurisdiccional), el principal motivo es que el lapso de tiempo, desde que los hechos acontecen hasta que el experto actúa en el arbitraje (o en proceso judicial), puede ser demasiado largo, impidiendo, en muchos casos, que éste pueda realizar su trabajo, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 246-248.

En 2003, el Centro Internacional de Peritaje de la CCI, aprobó unas nuevas reglas relativas a este tipo de ADR, las denominadas *Rules for Expertise* o Reglamento de Peritaje, *vid.* www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf_documents/rules/rules_expert_spanish.pdf Además, en el año 2002, la propia CCI, a través del propio Centro Internacional de Peritaje, también aprobó el *Reglamento DOCDEX* o *Reglamento de Peritaje para la Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios*, es decir, unas normas que reflejan la posibilidad de aplicar este ADR a aquellos conflictos surgidos de créditos documentarios, instrucciones de cobranza, y garantías de primer requerimiento. Sobre esta modalidad especial de peritaje, *vid.*

sector del mercado donde se enmarca la controversia, examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes, todo ello con el fin de esclarecer y determinar dichos extremos⁶⁰. Una vez que el perito o *fact-finder* clarifica la situación a través de un informe, las posiciones respectivas de las partes serán más razonables y cercanas una de otra, base necesaria para lograr que aquéllas lleguen a un acuerdo. A su vez, este tercero puede realizar recomendaciones, asistiendo a las partes para que encuentren una solución al conflicto, o incluso, puede realizar una propuesta de acuerdo⁶¹. En cualquier caso, aunque su pronunciamiento suele configurarse como no vinculante, las partes pueden acordar lo contrario⁶².

25. El *fact-finding* o peritaje, en tanto que se encarga de clarificar hechos y aspectos técnicos que dieron lugar al problema, también suele ser utilizado como preludio para otro tipo de ADR, especialmente, la mediación y el *mini-trial*, y también para arbitrajes, e incluso procesos judiciales⁶³. En el comercio internacional, lo más habitual es el empleo posterior del arbitraje. En este sentido, y con independencia de las alegaciones de las partes, así como de la participación de otros peritos a lo largo del procedimiento, el informe del perito, sea o no sea vinculante, tendrá un valor probatorio crucial, principalmente, por haber evaluado la situación cuando aún era reciente⁶⁴.

26. También cabe la posibilidad de que los expertos sean aportados por cada una de las partes, de manera que conjuntamente, y tras todas las informaciones recibidas, realicen un informe final con todos aquellos puntos en los que estén de acuerdo. En cualquier caso, esta posibilidad, denominada *joint*

G. COLLYER, «Documentary credit dispute resolution under the DOCDEX Rules. Three years on», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Arbitration, Finance and Insurance – Special Supplement*, 2000, pp. 67-76; ID. «Winfried Holzwarth on docdex», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 8, n° 2, 1997, pp. 51-54.

⁶⁰ Las presentaciones de las partes pueden tener muchas variaciones, su configuración dependerá de lo que ellas mismas hayan acordado. Éstas pueden ser muy formales, asemejándose a un arbitraje o un proceso judicial, o pueden gozar de una mayor informalidad, donde el tercero pueda reunirse por separado con las diferentes partes, sus testigos y otras personas que puedan aportar información valiosa, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-5, 2-6.

⁶¹ Cabe la posibilidad de que el tercero prepare un informe con las respectivas recomendaciones de forma individual a cada una de las partes, de manera que éstas no conozcan el contenido de cada uno de dichos documentos enviados al resto. Esto puede ayudar a realizar, a continuación, una negociación asistida por el propio *fact-finder*, de ahí que se denomine, *fact-based mediation*, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 375; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 2-6. La actuación del tercero no sólo sirve para resolver conflictos, sino también para prevenirlos, con esta última finalidad, y especialmente en el ámbito de la construcción, el tercero suele estar presente a lo largo del desarrollo de la obra, para ir supervisando y analizando las distintas dificultades técnicas que van surgiendo, de manera que las partes perciban tales contratiempos de forma objetiva, evitando el conflicto. Además, también se encargan de recavar pruebas sobre la evolución del proyecto, situaciones concretas que necesitan ser verificadas en el momento, siendo muy difícil un análisis posterior de las mismas al desaparecer o quedar distorsionadas por el paso del tiempo. Esta acción servirá para resolver, de forma realmente efectiva, eventuales conflictos. *Vid.* M. BÜHLER, «Technical expertise: an additional means for preventing or settling commercial disputes», *J. Int'l. Arb.*, vol. 6, n° 1, 1989, pp. 144 a 146.

⁶² *Vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 197; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 11; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 2-1. La posibilidad de que el pronunciamiento del perito sea vinculante, si así lo acuerdan las partes, también se recoge en el Reglamento de Peritaje de la CCI (art. 12.3). Además, todas las posibles funciones descritas de este tercero encuentran acomodo en esta regulación. Sin embargo, se debe destacar un punto, recogido en el art. 13.1, que hace diferenciar a este método de peritaje de la mayor parte de ADR, y especialmente del *neutral evaluation*, debido a su aparente similitud. Mientras que en dichos mecanismos basta con que una de las partes dé por finalizado el procedimiento, para que efectivamente sea así, en el peritaje de la CCI, se necesitará que todas las partes acuerden su término, esto es, la falta de participación de una de ellas, no privará al perito de emitir el informe pertinente, *vid.* P.M. WOLRICH, «The New, Revised ICC Rules for Expertise: A presentation and commentary», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 13, n° 2, 2002, pp. 13 y 14.

⁶³ La consideración aislada de este aspecto, el peritaje como apoyo a un proceso judicial o un arbitraje, sirve de motivo para excluir a este método del concepto de ADR expuesto en el *Libro verde...*, *op. cit.*, p. 6. Sin embargo, como se puede observar a través de un estudio profundo de la figura, tiene todas las características necesarias para considerarse un ADR.

⁶⁴ Debido a la eventual utilización del informe del experto en un proceso judicial o arbitral posterior, el Reglamento de Peritaje de la CCI establece que dicho documento será revisado, exclusivamente en un sentido formal, por el propio Centro Internacional de Peritaje (art. 12.6). Aunque la cuestión en torno a la influencia del informe del experto es más importante en el arbitraje, en tanto que es un tercero el que adoptará una decisión que es título ejecutivo, que en los ADR, donde la decisión no tiene tal cualidad, ello no significa que las conclusiones emitidas por el perito no sean influyentes también en estos últimos procesos, en tanto que, sin duda, se configurarán como el punto de partida para después comenzar a trabajar en un futuro acuerdo, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-6, 2-10, 2-11.

fact-finding, adolece de un defecto importante, cada uno de los *fact-finders* podrá conocer ciertas informaciones de la parte contraria a la que representa, aspecto que puede ser evitado con la utilización de un experto neutral. Éste podrá conocer los diferentes datos de las partes implicadas, en orden a realizar su labor, pero ellas no sabrán nada a cerca de la parte contraria⁶⁵. El citado aspecto es muy importante para el éxito del *fact-finding*, genera confianza en las partes, evitando posibles suspicacias, lo cual es imprescindible, no sólo a la hora de resolver conflictos derivados de una relación jurídica ya existente, sino también para asistir a aquellas partes que aún están en la fase de negociación de un contrato⁶⁶.

3. Adjudication

27. En este apartado, el término *adjudication* se refiere a un método de resolución de conflictos que se encuentra a medio camino entre los ADR más tradicionales y el arbitraje o el proceso judicial. Esta ubicación se debe a que el tercero, el *adjudicator*, es el que toma una decisión vinculante para las partes, si bien dicho pronunciamiento, de naturaleza contractual, es provisional, éstas podrán acudir, con posterioridad, a un arbitraje o proceso judicial⁶⁷. El tercero, experto en la materia, resolverá el conflicto una vez escuchadas las partes enfrentadas, aunque también podrá investigar e indagar en aquellos aspectos que considere necesarios⁶⁸.

28. Dentro del comercio internacional, es en los contratos de construcción donde la *adjudication* se utiliza de forma mayoritaria⁶⁹. Esto es así, especialmente en el Reino Unido, debido a la regulación existente. Dicha ordenación se compone por la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (HGCRA) y el *Scheme for Construction Contracts 1998*⁷⁰. Según estas normas, las partes pueden elaborar su propio procedimiento de *adjudication*, con las directrices recogidas en la sección 108 HGCRA⁷¹. Sin embargo, si no cumplen tal disposición o el contrato guarda silencio, se aplicará el *Scheme for Construction Contracts*⁷².

⁶⁵ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 198; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., pp. 2- 12 a 2-15.

⁶⁶ Especialmente es muy útil en las dos primeras etapas de la negociación, aquellas denominadas por S.R. PEPPEL como *matching*, esto es, cuando las partes desean celebrar un contrato pero todavía no saben si el acuerdo será posible, al desconocer ciertas informaciones de la parte contraria, que, por otro lado, ésta seguramente no quiera compartir; y *pricing*, el momento en que las partes deben fijar las cantidades económicas a desembolsar, números que dependen de los datos que cada una de ellas poseen y que pueden ser asimétricos, vid. «Contract formation...», loc. cit., pp. 305-310.

⁶⁷ Vid. N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK – recent developments», *SchiedsVZ*, n° 4, 2005 p. 190; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., p. 64; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., p. 261. Si las partes no acuden a arbitraje o a un proceso judicial en un plazo determinado, la decisión será definitiva, si bien, tal pronunciamiento no goza del efecto de cosa juzgada propiamente dicho, vid. *supra*, nota 6. En todo caso, hasta que no exista el debido laudo o sentencia, la decisión produce todos sus efectos, en tanto que este mecanismo se basa en la idea *pay now, argue later*. Si se decide iniciar un arbitraje o un proceso judicial posterior, la decisión del *adjudicator* podrá ser utilizada. Vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», loc. cit., p. 9; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., p. 261.

Además, a pesar de que la decisión sea temporalmente vinculante, ésta no tiene porque estar motivada, dicho extremo dependerá de la voluntad de las partes. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el *adjudicator* puede resolver cuestiones de fondo -especialmente si se tiene en cuenta la regulación del Reino Unido que a continuación se analiza-, y por tanto, tiene la posibilidad de establecer derechos y obligaciones a las partes, y para ello, deberá atenerse a la ley aplicable al contrato, vid. P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication in construction disputes*, Oxford, London, Edinburgh, 1999, pp. 165-167; P. NEWMAN, «Partnering, with particular reference to construction», *Arbitration*, vol. 66, n° 1, February, 2000, p. 41.

⁶⁸ Las alegaciones de las partes pueden ser orales, o pueden realizarse por escrito a través de la documentación que éstas estimen pertinente, vid. J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., p. 64; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., p. 260.

⁶⁹ Su intervención en la industria del gas y el petróleo, ámbito donde los ADR son importantes, es mínima. Por otra parte, comienza a emplearse en el campo de las finanzas, y de la tasación de propiedades, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», loc. cit., p. 9; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., p. 263.

⁷⁰ Vid. *Housing Grants, Construction and Regeneration Act*, [1996 c. 53].

⁷¹ En cuanto los requisitos recogidos en la HGCRA, vid. J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., pp. 73-74.

⁷² Esta regulación tiene una importancia crucial, y debe ser tomada en cuenta para aquellas empresas extranjeras que estén desarrollando un proyecto de construcción en el Reino Unido, porque estarán sometidas a este ADR aunque el contrato en cuestión no diga nada al respecto, y aunque no se haya elegido como ley aplicable la de Inglaterra y Gales o la de Escocia. La *adjudication*

Con este telón de fondo, numerosas instituciones han previsto la *adjudication* en el Reino Unido, entre ellas, se pueden destacar varias: a) El CEDR, el cual ofrece, a su vez, una mediación paralela, de manera que el eventual acuerdo al que lleguen las partes sea aplicado en vez de la decisión del *adjudicator*⁷³; b) *JCT (Joint Contracts Tribunal) Standard Form of Building Contract 2005*; c) *NEC (New Engineering Contract) 3rd Edition 2005* y el *NEC3 Adjudicator's Contract 2005*, de la *Institution of Civil Engineers (ICE)* y; d) el *Model Adjudication Procedure 2011* del *Construction Industry Council*⁷⁴.

4. El procedimiento precautorio prearbitral

29. En el comercio internacional, especialmente en aquellos contratos de larga duración, es muy habitual la necesidad o urgencia de mantener o conservar pruebas que de otro modo se perderían, debido a la cantidad de tiempo que un arbitraje o proceso judicial implican⁷⁵. Con el fin de dar respuesta a tal situación, esto es, de obtener medidas cautelares y conservativas de forma rápida, económica y flexible, la CCI elaboró el *Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral (RPPP)*⁷⁶.

obligatoria en el ámbito de los contratos de construcción, también se ha regulado en otros países como Nueva Zelanda, Australia o Singapur. Vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 57-59; N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK...», *loc. cit.*, p. 190; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 90-155; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 72-74; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 262-263; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, p. 41; M. RUBINO-SAMMARTANO, «The view from abroad on a parade of choices: Alternative processes to the «traditional» alternative, arbitration», *Alternatives*, vol. 27, n° 5, May 2009, pp. 83-84.

El principal inconveniente del uso obligado de la *adjudication* es la posibilidad de que el tercero dicte una decisión errónea. Dicha situación no es improbable en tanto que, el *adjudicator* puede llegar a conocer casos muy complejos, y según la sección 108 HGCRA, debe resolver en 28 días, pudiendo extenderse hasta 42. En cualquier caso, tal y como está configurado este ADR, las partes podrán acudir a un arbitraje o proceso judicial posterior en orden a resolver la controversia; o también si, estando en principio conformes con la decisión adoptada, una de las partes la incumple. En este sentido, la jurisprudencia del Reino Unido se ha pronunciado sobre aquellos casos en los que no se va a considerar dicho pronunciamiento como válido, y por tanto, no se va a poder exigir su cumplimiento: a) si el *adjudicator* se extralimitó en sus funciones, bien porque resolvió un asunto fuera del ámbito de la HGCRA, bien por declararse nula la cláusula que contenía este ADR (se ha dado en casos de consumidores); o por haber resuelto fuera del plazo establecido y; b) si el *adjudicator* no fue imparcial o si no se dio a alguna de las partes la posibilidad de defenderse y contestar a las alegaciones de la contraria. La posibilidad de retener el pago al que pudiera estar obligado una parte, en virtud de la decisión del *adjudicator*, sólo se encuentra reconocida por la jurisprudencia de forma muy limitada. Vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 10; N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK...», *loc. cit.*, pp. 191-195; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 91-93; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 74-76. Para realizar un estudio profundo de la legislación del Reino Unido sobre esta materia, vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pp. 353-369; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 151-169.

⁷³ La sección 108 HGCRA establece el carácter vinculante y provisional de la decisión del *adjudicator*, estableciendo no sólo la posibilidad de acudir a arbitraje o a los tribunales, sino también la opción de un acuerdo entre las partes. Esta última alternativa es necesaria, en tanto que la *adjudication* se establece legalmente como obligatoria.

⁷⁴ Otras organizaciones que pueden citarse son: la *Royal Institution of Chartered Surveyors*; el *Royal Institute of British Architects*; el *Chartered Institute of Arbitrators*; la *Official Referees' Solicitors Association* y; la *Technology and Construction Court Barristers Association*, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 9; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁵ Por ello, este procedimiento es especialmente útil en los contratos de construcción, en aquellas iniciativas donde se invierten grandes cantidades de dinero y se necesita la cooperación entre las partes a lo largo del tiempo como las *joint-ventures*. También su uso es adecuado en aquellos sectores donde tiene un valor fundamental la prevención de los conflictos, como en el ámbito de las tecnologías, la información, la energía o el medio ambiente; o en los contratos donde alguna de las partes es un Estado o un órgano gubernamental, de manera que se evita acudir a los tribunales de dicho Estado para eludir cualquier comportamiento parcial del mismo, vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFIN, «The ICC rules for a pre-arbitral referee procedure», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 16, n° 1, 2005, pp. 59-60. En cuanto a las ventajas de este método respecto del arbitraje y del proceso judicial, *ibid.*, pp. 35-36, 58-59.

⁷⁶ Este Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 1990, y a pesar del interés de la doctrina por el mismo, la primera solicitud para iniciar un procedimiento de tal naturaleza no se produjo hasta el 8 de octubre de 2001, más de diez años después, vid. E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee: First practical experiences», *Arbitration Int'l.*, vol. 20, n° 1, 2004, p. 14; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, pp. 37-38. Ello es así porque siempre esta la vía de los órganos jurisdiccionales para solicitar dicha tutela cautelar, vid. R. LAPIEDRA ALCAÑI, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, 2008, p. 170.

En cualquier caso, aunque este Reglamento fue el que dio origen a dicho procedimiento, de manera que su utilización ha estado siempre vinculada al citado texto de la CCI, también existen supuestos en los que este mecanismo se ha regulado *ad hoc*, vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees: Arbitrators, quasi-arbitrators, hybrids or creatures of contract law?», en AA.VV., *Global reflections on international Law, commerce and dispute resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, 2005, p.

30. En virtud de la citada regulación, el tercero, una vez presentada la documentación por las partes, realizadas las oportunas investigaciones, y tras la comparecencia de las mismas, dictará una orden⁷⁷. Ésta no prejuzgará el fondo del asunto, si bien, será vinculante y provisional, esto es, seguirá en vigor salvo que el tribunal arbitral, el jurisdiccional o el propio tercero decida lo contrario (art. 6.3 RPPP)⁷⁸. Además, el propio tercero puede sujetar el cumplimiento de su decisión a ciertas condiciones, como que una de las partes inicie un arbitraje o proceso judicial; o que la parte en cuyo beneficio haya sido emitida la orden otorgue una garantía adecuada (art. 6.4 RPPP). Al igual que ocurre con otros ADR, dicha orden tendrá un mero carácter contractual, no tiene nada que ver con las medidas que se puedan adoptar en un arbitraje o en un proceso judicial. Por tanto, el éxito de este procedimiento dependerá, tan sólo, del compromiso de las partes a la hora de ejecutar la orden dictada⁷⁹.

De conformidad con la naturaleza y finalidad de este procedimiento, la resolución del tercero se dictará en un breve plazo de tiempo, con carácter general, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se le entregó todo el expediente. Además, la orden se emitirá incluso aunque una de las partes no hubiese presentado su documentación, ni formulado observaciones o comentarios a las indagaciones del tercero, ni hubiese comparecido, siempre y cuando se constate que era conocedora de tales trámites (art. 5.6 RPPP y art. 6.2 RPPP)⁸⁰.

5. Expert Determination

31. A diferencia de la *adjudication*, las controversias objeto de la *expert determination* suelen ser, tan sólo, de carácter puramente técnico, o relativas a valoraciones o tasaciones. Además, se aplica a más ámbitos que, estrictamente, el de los contratos de construcción. Así, dentro del comercio internacional, deben destacarse los conflictos relativos a la industria de las nuevas tecnologías, del gas y del petró-

73. Además, otras instituciones han optado por aprobar regulaciones similares como la AAA – *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*–; la OMPI, – *Emergency Relief Rules*–; o la Corte Europea de Arbitraje – *Pre-arbitral referee rules*–, *vid. R. LAPIEDRA ALCAÑÍ, Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 170-177.

⁷⁷ En cuanto a las medidas que puede adoptar el tercero (art. 2) y su aplicación práctica, *vid. E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», loc. cit.*, pp. 14-19; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, pp. 48-53; M. RUBINO-SAMMARTANO, «The view from...», *loc. cit.*, p. 83.

⁷⁸ A diferencia de la *adjudication* y de algunas modalidades de *Dispute Boards*, ADR muy similares al citado procedimiento precautorio prearbitral, éste sólo está pensado para adoptar medidas de tipo cautelar y conservativo, no cabe la posibilidad de tener por objeto la resolución del fondo del asunto. En todo caso, ello no significa que con la adopción de estas medidas, no se pueda poner fin a la disputa, o sirva como base para la consiguiente negociación, *vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit.*, p. 34. Además, aunque el diseño de este procedimiento esté pensado para un probable arbitraje posterior –también se puede combinar con otros ADR–, ambos métodos de solución de disputas son completamente independientes. Para aplicar el procedimiento precautorio prearbitral se necesitará un acuerdo escrito por las partes en este sentido (art. 3.1), sólo así podrá iniciarse. En definitiva, el sometimiento al procedimiento de arbitraje de la CCI no implica la facultad para incoar aquel. Esto lleva a la cuestión sobre la posible integración del mecanismo precautorio prearbitral en el Reglamento de arbitraje. En este sentido, aunque algunos autores no son partidarios, *vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees...», loc. cit., op. cit.*, p. 87; otros sí que proponen dicha integración, *vid. E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», loc. cit.*, p. 24; si bien acompañada de un mecanismo *opt-out*, *vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit.*, pp. 38-39, 60.

⁷⁹ Es la naturaleza contractual de la decisión, y por tanto, su falta de ejecutoriedad, la característica fundamental a la hora de diferenciar este ADR del arbitraje, así como del proceso judicial. Aunque ha existido cierta controversia en torno al posible carácter jurisdiccional que pudiera llegar a tener la orden del tercero, lo cierto es que no existen argumentos sólidos para ello, sino todo lo contrario: a) el tenor literal del Reglamento de la CCI, evita hablar de arbitraje o cualquier término que invite a confusión en este sentido; b) tal y como se recoge por los autores del Reglamento, dicha norma regula un método contractual, ese es su espíritu y finalidad; c) es importante recordar que la realización de este procedimiento no implica necesariamente un arbitraje posterior. Además, en un importante pronunciamiento de la *Cour d'appel de Paris*, el 29 de abril de 2003, en el caso de la *Société Nationale des Pétroles du Congo* y la República de Congo contra la *Société Total Fina Elf E&P Congo*, también se ha declarado el carácter contractual de la orden del tercero, resultado del procedimiento precautorio prearbitral. *vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees...», loc. cit., op. cit.*, pp. 76-87; E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», *loc. cit.*, pp. 20-23, 33-37; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, pp. 53-56, 61-62; C. LÉCUYER-THIEFFRY, «First court ruling on the ICC Pre-arbitral referee procedure», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n° 6, 2003, pp. 599-607. Precisamente, y en orden a corregir este punto débil, el art. 6.8.1 establece que, en caso de incumplimiento o rechazo de la orden del tercero, el tribunal arbitral o judicial podrá determinar si tal acontecimiento dio lugar a una indemnización por daños y perjuicios, *vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 274.

⁸⁰ Esta característica es común a la regulación que la CCI hace del peritaje, *vid. supra*, nota 62.

leo, de los seguros, de los transportes, contratos de arrendamiento financiero, licencias sobre derechos de propiedad intelectual, o compra-ventas de empresas, de acciones y otros bienes⁸¹.

En virtud de este ADR, las partes exponen sus alegaciones a un tercero, el cual tomará una decisión como solución al conflicto planteado. Dichas alegaciones podrán realizarse de forma oral o mediante la entrega de la documentación pertinente, sin perjuicio de la facultad que posee el tercero para realizar las investigaciones que estime necesarias, así como para preguntar a las partes aquellas cuestiones que entienda oportunas⁸². La decisión que tome el experto, a menos que las partes digan lo contrario, será vinculante y resolverá definitivamente, y no de forma provisional, la controversia⁸³. En cualquier caso, ello no significa que posea efecto de cosa juzgada⁸⁴. Puede ocurrir que alguna de las partes incumpla lo establecido en la decisión emitida por el tercero, en ese supuesto, es importante tener en cuenta que ésta tiene una naturaleza completamente contractual, y en tales términos, se deberá plantear la eventual pretensión de la parte perjudicada. El pronunciamiento del experto tampoco es título ejecutivo, como lo es un laudo arbitral o una resolución jurisdiccional⁸⁵. Por su parte, la contraria podrá alegar generalmente su falta de cumplimiento sobre los siguientes extremos: la existencia de fraude, de violencia, intimidación, o de error; el desarrollo de un procedimiento o una decisión injusta; la falta de imparcialidad e independencia por parte del tercero o que éste hubiera actuado *ultra vires*⁸⁶.

⁸¹ Vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., p. 343; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 55; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, op. cit., p. 92; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination*, 4ª ed., London, 2008, pp. 20-87; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., pp. 264-266; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses in contracts providing for international arbitration», *Arbitration Int'l*, vol. 23, nº 4, 2007, pp. 688-689. Debido a esta variada utilización, instituciones importantes en el ámbito internacional, como el CEDR; el *London Court of International Arbitration* (LCIA) o la OMPI, han regulado este ADR.

Respecto de los contratos de compraventa, la función del experto es muy similar a la recogida por el art. 1447 Cc relativa al arbitrio de un tercero en orden a fijar el precio, vid. J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., p. 324. Dicho arbitrio no debe confundirse con el arbitraje, en tanto que la decisión del tercero tiene también carácter contractual, vid. H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes...*, op. cit., pp. 44-49.

⁸² En este aspecto, la *expert determination* tiene una gran similitud con la *adjudication*, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», loc. cit., p. 4; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., p. 264.

En cualquier caso, durante esta fase, el experto puede ejercer, antes de emitir su decisión, como mediador, realizando sesiones separadas e intentando que las partes lleguen a un acuerdo, vid. J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., pp. 94-191. Para saber más sobre los derechos y obligaciones de los expertos, *ibid.*, pp. 249-273.

⁸³ *Ibid.*, pp. 116-118. Aunque la *expert determination* descrita es la habitual, la que tiene mayor protagonismo, también cabe la posibilidad de configurar su resultado como provisional -al igual que la *adjudication*-; e incluso, existe su modalidad no vinculante, en virtud de la cual, el experto sólo sugiere una solución a las partes, vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., p. 342; D. JONES, «Is expert determination a «final and binding» alternative?», *Arbitration*, vol. 63, nº 3, August 1997, p. 213; *Id.*, «Expert determination and arbitration», *Arbitration*, vol. 67, nº 1, February 2001, p. 21.

Al igual que ocurre en la *adjudication*, las partes pueden acordar que el tercero no exponga las razones de su decisión en la resolución que emita, si bien, en este caso, será difícil acudir a los tribunales para impugnar dicho pronunciamiento sobre la base de un error manifiesto del tercero. En cualquier caso, dicha motivación deberá ser sucinta en orden a respetar la información confidencial dada por cada una de las partes al tercero, vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., pp. 347-348.

⁸⁴ Vid. *supra*, nota 6. Esta es una de las grandes diferencias entre la *expert determination* y el arbitraje, junto con el carácter más informal y los conflictos más bien de naturaleza técnica que normalmente suele tratar la primera. Aunque la doctrina y la jurisprudencia anglosajona, donde más tradición tiene el citado ADR, han analizado las diferencias más en el ámbito de la responsabilidad del tercero, que en los efectos de tal método, ya existen algunos pronunciamientos en este sentido. Por ejemplo, esta diferencia ya ha sido puesta de manifiesto por una sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 17 de Noviembre de 2008, vid. 4A 438/2008. Para profundizar en las diferencias entre el arbitraje y la *expert determination*, vid. J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., pp. 274-296.

⁸⁵ Por esta razón, y sobre todo en casos internacionales para facilitar su posterior eficacia extraterritorial, las partes pueden acordar que la resolución del experto, se pueda convertir en una resolución judicial -si así lo permite el ordenamiento jurídico aplicable-, o en un laudo arbitral. Vid. D. JONES, «Is expert determination...», loc. cit., pp. 213, 221-222; *Id.*, «Expert determination...», loc. cit., pp. 23-24; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., pp. 201-206; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert determination in mergers and acquisitions under German Law», *Arbitration Int'l*, vol. 20, nº 2, 2004, p. 152.

Aunque ésta sea una desventaja importante, ello no obsta para considerar este ADR como adecuado, sobre todo, para resolver cuestiones de tipo técnico o de fijación de precios, además, no debe olvidarse que es un mecanismo muy rápido, con un mínimo coste económico, y caracterizado tanto por su informalidad y flexibilidad -consecuencia de la ausencia de regulación legislativa- como por evitar una excesiva confrontación entre las partes, aspectos que no definen al arbitraje, vid. D. JONES, «Expert determination...», loc. cit., pp. 27-29; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses...», loc. cit., p. 688; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert...», loc. cit., pp. 153-155.

⁸⁶ Vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., p. 349; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*

6. *Dispute Boards*

32. En general, este ADR, utilizado mayoritariamente para resolver los problemas derivados de los contratos de construcción, no es más que una *adjudication*, si bien, la función del tercero no la ejerce un solo experto de forma individual, sino que suele ser ostentada por una comisión de especialistas en la materia.

Fruto del crecimiento que ha experimentado su uso, muchas instituciones han aprobado sus propias regulaciones⁸⁷. Entre ellas, las más importantes son: a) el *Reglamento relativo a las Dispute Boards* 2004 de la CCI; b) la Cláusula 20 titulada *Claims, Disputes and Arbitration* de los diferentes *Standard Form Contracts* de la FIDIC y; c) los *Standard Bidding Documents* (SBD) del Banco Mundial⁸⁸. Sin embargo, debido a la existencia de diferentes reglas, y a la importancia que han adquirido en el comercio internacional, existe cierta confusión terminológica en torno a los *Dispute Boards* y la eficacia, vinculante o no vinculante, de las decisiones que adoptan. En este sentido, las comisiones que acuerdan resoluciones vinculantes, aunque provisionales -al igual que la típica *adjudication*-, son las *Dispute Adjudication Boards* (DAB) de la FIDIC y de la CCI, así como las *Dispute Boards* del Banco Mundial. Sin embargo, también existen aquellas cuyas decisiones, en principio, no son obligatorias, salvo que las partes no muestren queja alguna a tal pronunciamiento, como las *Dispute Review Boards* (DRB) de la CCI o; las que, en primer lugar, emiten una recomendación, para posteriormente, adoptar una decisión vinculante si las partes así lo solicitan, o tan sólo una lo pide, aunque sin objeción de la contraria, como las denominadas *Combined Disputes Board* (CDB) de la CCI⁸⁹.

...», *op. cit.*, p. 55; C. CALABRESI, «Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto», *Dir. Com. Int.*, vol. 23, n° 4, 2009, pp. 806-807; A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006, pp. 293-295; H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 4; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 91-92; D. JONES, «Is expert determination...», *loc. cit.*, pp. 222-224; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, pp. 208-248; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 265; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, p. 41; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses...», *loc. cit.*, pp. 687, 689-692, 696; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert...», *loc. cit.*, pp. 161-163.

⁸⁷ Uno de los principales factores que motivaron su éxito y expansión fue su garantía de imparcialidad, frente a la falta de la misma en la figura del *Ingeniero* (FIDIC), tercero designado para, entre otras funciones, resolver conflictos, pero que trabajaba, y por tanto, era remunerado por el cliente, mientras que estas comisiones eran nombradas por todos los participantes en el proyecto y sus miembros pagados a partes iguales por todos ellos. En cualquier caso, aunque dicha figura del *Ingeniero* sigue existiendo, utilizándose para determinados tipos de disputas y como paso previo a los *Dispute Adjudication Boards*, ahora son éstas el mecanismo de ADR principal dentro de los *Standard Form Contracts* de la FIDIC. Otros aspectos que ha motivado su éxito ha sido el uso obligado, y por tanto, muy común, de la *adjudication* como consecuencia de la HGCR, así como, el gran desembolso económico y la gran cantidad de tiempo que se invierte en un arbitraje. *Vid.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, p. 181; C. CALABRESI, «Il dispute board...», *loc. cit.*, pp. 769-772, 780-781; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 229-245; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 64; P. MALINVAUD, «Réflexions sur le dispute adjudication board», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 5, año 2, julio-setembro 2005, pp. 101-103.

⁸⁸ Esta última regulación se hace eco de la *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer – Multilateral Development Bank Harmonised* (MDB) FIDIC 2006, que salvo pequeñas diferencias, se asemeja mucho a la citada Cláusula 20 de los distintos *Standard Form Contracts*.

⁸⁹ Las *Dispute Boards* en EE.UU también suelen emitir decisiones de carácter no vinculante, así se refleja, por ejemplo, en la configuración de las *Dispute Review Boards* de la AAA, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 112-113; o en la bibliografía que trata estos ADR dentro de los EE.UU, *vid. ad. ex.* B. CAMPBELL, «Dispute Review...», *loc. cit.*, pp. 17-18.

En lo relativo a las DRB de la CCI, *vid.* art. 4.3 del Reglamento de la CCI. En cuanto a las CDB, *vid.* art. 6 del Reglamento de la CCI. Dicho Reglamento es muy importante para este ADR dentro del comercio internacional, no sólo por la institución de la que emana, sino porque no está limitado a los contratos de construcción a diferencia de la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, sino que está abierto a otros sectores de la contratación internacional. Dicha repercusión se refleja en la cantidad de bibliografía con este objeto, *vid. ad. ex.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, pp. 179-189; L. DEMEYERE, «Dispute boards and the new rules of the International Chamber of Commerce (ICC)», *Int'l Disp. Resol.*, n° 1, 2005, pp. 21-29; P.M. GENTON, «An efficient dispute management tool: The dispute board and the ICC DB Rules», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, pp. 93-107; P.M. GENTON, «ICC dispute board rules: Status and perspectives of a key contribution to the prevention of disputes», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, pp. 399-418; R. HARBST, V. MAHNKEN, «ICC dispute board rules: the civil law perspective», *Arbitration*, vol. 72, n° 4, November 2006, pp. 310-319; R. HARBST, V. MAHNKEN, «Adjudication und Dispute Review Boards nach den neuen ICC Regeln», *SchiedsVZ*, n° 1, 2005, pp. 34-40; C. KOCH, «ICC's new dispute board rules», *ICC Int'l Ct. Arb. Bull.*, vol. 15, n° 2, 2004, pp. 10-34; ID., «Novo regulamento da CCI relativo aos dispute boards», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 6, año 2, julio-setembro

33. En cualquier caso, tienen otros muchos extremos en común. En general, dichas comisiones están formadas por tres miembros, cada parte elige un miembro con la aprobación de la parte contraria, y el tercer comisionado, el que ejercerá en calidad de presidente, es elegido, bien por las partes con la conformidad de los miembros ya seleccionados, bien por los dos miembros ya electos y con la conformidad de las partes⁹⁰. Todos ellos actuarán con la debida independencia e imparcialidad, esto es, no en calidad de representantes de la parte que les seleccionó. Normalmente, estas comisiones se crean al principio de un proyecto, de manera que éstas van supervisándolo y resolviendo aquellos problemas que van surgiendo a lo largo de su desarrollo, para ello, no sólo toman en cuenta las posiciones de las partes, sino que tienen capacidad para investigar aquellos aspectos que estimen necesarios⁹¹. Toda la información recabada, así como los debates que tengan los comisionados serán confidenciales, aunque la decisión final podrá presentarse como prueba ante cualquier tribunal arbitral o proceso judicial. Ésta se tomará en un breve espacio de tiempo, y se hará por escrito, aunque también puede adoptar una forma oral.

34. Tal y como se ha indicado anteriormente, y de forma similar a la *adjudication*, las decisiones de los *Dispute Boards* serán, en general, decisiones vinculantes, a menos y hasta que un tribunal arbitral o jurisdiccional se pronuncie sobre la controversia⁹². Si pasado el plazo establecido, las partes no han ejercido tal posibilidad, dicha decisión las obligará definitivamente⁹³. En cualquier caso, tal y como ocurre con la *adjudication* y la *expert determination*, la naturaleza de la resolución es meramente contractual, no es título ejecutivo, ni posee efecto de cosa juzgada⁹⁴. Si ésta no se cumple por alguna de las partes, la contraria deberá alegar incumplimiento del contrato para lograr su ejecución⁹⁵. Tal incumplimiento será llevado a arbitraje, si bien, aunque no sea habitual en el comercio internacional, también cabe la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional⁹⁶.

2005, pp. 141-175; P.M. WOLRICH, «ADR under the ICC ADR Rules», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, op. cit., pp. 89-90; P.M. WOLRICH, «ADR under the ICC ADR Rules», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, op. cit., pp. 251-252; R. ZAMORA ETCHARREN, «Las reglas CCI sobre *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, año 3, julio-setiembre 2006, pp. 190-201; R. ZAMORA ETCHARREN, «ICC dispute board rules: Practitioners' views», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 18, nº 1, 2007, pp. 43-50.

⁹⁰ La primera posibilidad es la elegida por la FIDIC en sus *Standard Form Contracts*, salvo en la MDB, que junto con el Reglamento de la CCI, y los SBD del Banco Mundial acogen la segunda opción. Aunque es poco común, estas comisiones también pueden estar formadas por un solo miembro. En ese caso, aunque sigan denominándose *Dispute Boards* en virtud de la citada normativa institucional, realmente se identifican con la *adjudication*.

⁹¹ Los comisionados suelen visitar la obra, al menos, una vez al mes. Esto les ayudará a tener un gran conocimiento del proyecto, y en consecuencia, a poder resolver las eventuales controversias de forma rápida, y sobre el terreno, evitando así la escalada del conflicto, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pp. 10-11. La creación y actividad de las *Dispute Boards* desde la formalización del contrato es otra diferencia a tener en cuenta respecto de la configuración de la *adjudication* tal y como la define la HGCRA, así como de otros ADR tradicionales como la mediación, pensados para ser empleados sólo una vez surgido el conflicto entre las partes. En cualquier caso, también cabe la opción de crear *boards ad hoc*, así se refleja en la cláusula 20.2 de las *FIDIC conditions of contract for plant and design-build and for EPC/Turnkey projects*. *Vid.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, p. 183; C. CALABRESI, «Il *dispute board*...», *loc. cit.*, pp. 784-785; C. KOCH, «ICC's new dispute...», *loc. cit.*, p. 12; P. MALINVAUD, «Réflexions sur le *dispute*...», *loc. cit.*, p. 103.

⁹² El motivo por el cual la decisión permanece vinculante, durante el proceso judicial o de arbitraje y hasta que no exista laudo o sentencia, es para dotar de efectividad a este ADR, siguiendo el principio ya mencionado en la *adjudication*: *pay now, argue later*, *vid. supra*, nota 67. En cualquier caso, la regulación de la FIDIC, y del Banco Mundial, también permiten que las partes lleguen a un acuerdo con distinto contenido.

⁹³ El plazo es de 28 días según la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, y de 30 días según el Reglamento de la CCI.

⁹⁴ *Vid.* C. CALABRESI, «Il *dispute board*...», *loc. cit.*, p. 813; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimiento alternativos...», *loc. cit.*, op. cit., p. 84. En concreto, se puede decir que tiene una eficacia contractual sometida a condición resolutoria, está solo desaparecerá si las partes deciden acudir a arbitraje o a un proceso judicial, y sólo una vez que exista el debido laudo arbitral o sentencia. Mientras que las decisiones emanadas de las DRB de la CCI, tienen una eficacia contractual sometida a condición suspensiva, en tanto que sólo comenzará a tener dicha eficacia si las partes están de acuerdo con las mismas, *vid.* L. DEMEYERE, «Dispute boards...», *loc. cit.*, pp. 25-26.

⁹⁵ Por su parte, la defensa podrá escudarse en los supuestos ya enumerados tanto en la *adjudication* (*vid. supra*, nota 72), como en la *expert determination* (*vid. supra*, nº 31).

⁹⁶ La regulación de la FIDIC y del Banco Mundial lo somete a arbitraje. Mientras que el Reglamento de la CCI, aunque también prevé el arbitraje, recoge la posibilidad de acudir a un juez, en defecto de acuerdo entre las partes respecto a tal extremo.

7. Mini-trial

35. El *mini-trial*, a pesar de su nombre, no implica ningún proceso ante un juez o tribunal⁹⁷. Antes de que el *mini-trial* comience, las partes deben configurarlo, esto es, acordar los diferentes elementos que lo conforman, adecuándolo al propio conflicto. Deben decidir cuestiones tan importantes como el tiempo que se va a emplear; las diferentes facultades de todos los participantes durante su desarrollo; la confidencialidad o; los costes del procedimiento. Todo ello se recogerá en el denominado *mini-trial agreement*⁹⁸.

Este es un mecanismo estructurado, cuya primera fase consiste en la presentación del caso por cada una de las partes en un corto período de tiempo, para que así, éstas sólo puedan centrarse en alegar las cuestiones verdaderamente nucleares⁹⁹. Dicha exposición se realiza ante una comisión formada por altos ejecutivos pertenecientes a las empresas enfrentadas y con total poder de decisión¹⁰⁰, así como por

⁹⁷ Al *mini-trial* también se le denomina *senior executive appraisal mediation* (SEAM), *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 11; *executive tribunal*, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 362; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, p. 103; I. HANGER, «Senior executive appraisal mediation», *ADR Bull.*, vol. 3, nº 4, 2000, pp. 1-3; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 62; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, p. 40; *modified settlement conference*, *vid.* M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision making*, London, Edinburgh, Dublín, 1998, p. 227; o *executive settlement conference*, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 213.

Su utilización está abierta a muy diversas disputas de tipo comercial, *vid. ad. ex.* N. ANTAKI, «Les contrats de médiation commerciale», en C. SAMSON, J. MCBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange...*, *op. cit.*, pp. 8-11; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution of international disputes –Practical observations on a «minitrial»», *Arbitration Int'l*, vol. 3, nº 2, 1987, pp. 174-175; L.R. SINGER, *Settling disputes: conflict resolution in business, families and the legal system*, San Francisco, London, 1990, pp. 64-65. Es especialmente frecuente en el sector de la construcción, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 196; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 225-227; J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure in claims settlement disputes», *Arbitration*, vol. 56, nº 3, August 1990, pp. 183-187; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-23-7-27; D.S. SUTTON, «Alternative Dispute Resolution the «Mini Trial»», *Arbitration*, vol. 54, nº 2, May 1988, p. 140.

La CCI incluye a los *mini-trials* dentro del ámbito de aplicación de su Reglamento ADR, *vid.* www.iccwbo.org/court/adr/id4444/index.html. Muchas otras organizaciones dedicadas a la resolución de conflictos ofrecen servicios de *mini-trial*. Éstas tienen una regulación específica para este ADR, y un modelo de acuerdo basado en tal reglamentación. Entre tales organizaciones destacan: el CEDR; el CPR; la AAA; el *Australian Commercial Disputes Centre*; el *Hong Kong International Arbitration Centre*; la *Chamber of Commerce of Zurich* o; el *Netherlands Arbitration Institute*.

⁹⁸ En cuanto a los múltiples extremos que deben acordarse, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 364-365; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 246-247; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-8, 7-9.

La duración total de este mecanismo, desde que las partes negocian su estructura hasta que, efectivamente, llegan a un acuerdo, no suele sobrepasar los tres meses. La utilización de este ADR puede deberse a la propia iniciativa de las partes antes de la interposición de una demanda ante los tribunales, o puede producirse una vez iniciado el proceso ante el órgano jurisdiccional, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 213-216; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, p. 174; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 7-1; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 58. Si bien, su empleo suele ser más habitual fuera del marco de un proceso judicial, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 613.

⁹⁹ La duración de esta fase no suele sobrepasar los dos días, aunque lo normal es que cada parte tenga entre una y seis horas para su representación, de manera que en conjunto este método pueda ventilarse en un máximo de cuatro días, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 282; J.K. LIEBERMAN, J.F. HENRY, «Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, p. 427. Antes de la misma, las partes pueden acordar el intercambio de ciertos documentos o pequeños expedientes, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 281.

Las partes suelen ir asistidas de abogados, además también pueden ir acompañadas de expertos e incluso testigos con el fin de apoyar sus alegaciones. En cualquier caso, la asistencia letrada no es obligatoria, y si existe, no está sujeta a ningún tipo de norma procesal, sino sólo a las reglas impuestas por las partes, *vid.* K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 241-242; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, p. 40.

En caso de conflictos muy complejos, antes de iniciar esta fase, puede acordarse la realización de un *fact-finding*, en el que el *fact-finder* evalúe los hechos, siendo éstos aceptados por todas las partes, para que así, en las sesiones de esta primera fase del *mini-trial*, las partes se centren tan sólo en cuestiones jurídicas, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-8.2, 7-9.

¹⁰⁰ Aunque sean directivos representantes de las partes -*senior management officer* o *senior executives*-, normalmente, no han estado implicados en las relaciones comerciales que han dado lugar a tal controversia, en orden a lograr una mayor objetividad, elemento necesario para un mayor éxito en la posterior negociación, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 196; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p.

un tercero, denominado *neutral advisor*¹⁰¹. En esta primera etapa, éste se suele encargar de que los plazos se respeten, si bien, su intervención puede ser mayor, formulando preguntas o solicitando aclaraciones sobre cuestiones que estime cruciales¹⁰². Sobre la base de lo aportado por éstas, y una vez que han sido escuchadas, se procede a iniciar la segunda fase del procedimiento donde los representantes de las partes se reúnen en privado para llegar a una solución. Generalmente, si la negociación entre ellos fracasa, el *neutral advisor* ayudará a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, y en su defecto, podrá emitir una decisión no vinculante, reflejo del eventual pronunciamiento del órgano jurisdiccional, si las partes acudieran a juicio, o del posible laudo, si realizaran un arbitraje¹⁰³.

36. El éxito de este método se encuentra en forzar a las partes a confrontar el caso, comprobando así sus puntos fuertes, pero también, y especialmente, los débiles. Además, en la segunda fase, los comisionados que representan a cada una de las partes están aislados de las mismas, basándose tan sólo en las informaciones expuestas con anterioridad, sin ningún tipo de asistencia letrada¹⁰⁴. Esta coyuntura, especialmente la ausencia de abogados, beneficia al método negociador y a la labor del mediador, de esta manera es más sencillo identificar los intereses realmente importantes para las partes, resaltando así, incluso dentro de una disputa esencialmente jurídica, los aspectos más comerciales, caracterizados por su mayor flexibilidad a la hora de buscar soluciones. Todo ello, favorece la conclusión de un acuerdo

241; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., p. 61; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», loc. cit., op. cit., p. 84. Sobre la elección de los altos ejecutivos para formar parte de la comisión, vid. R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., pp. 7-17-7-19.

¹⁰¹ La persona que actúa como tercero suele ser un juez retirado o un abogado, vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 363; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 282; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», loc. cit., pp. 174-176; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., p. 62; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», loc. cit., p. 40; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 193; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., p. 26. Si bien, en aquellos casos más técnicos, también puede ser un experto de la materia que se trate, eso sí, con ciertas habilidades en orden a facilitar la negociación. Dicha elección dependerá, especialmente, de la naturaleza del conflicto, vid. R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., pp. 7-5, 7-6, 7-15-7-17.

Aunque la intervención del tercero es un elemento que se utiliza en la mayoría de los *mini-trials*, las partes pueden configurar estos mecanismos sin su participación, vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 363; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 282; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., p. 241; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 194. Ahora bien, si no existe intervención de tercero, se estará, más bien, ante una técnica sofisticada de negociación con ciertas pinceladas del *fact-finding*, vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pp. 195-196. En este sentido, si un *mini-trial* se lleva a cabo sin la existencia de un *neutral advisor*, y en tanto que ello implica tan sólo una negociación, no se estará ante un ADR, vid. *supra*, nº 11.

¹⁰² Vid. S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., pp. 281-282. En cualquier caso, la intensidad de su intervención se subordina a lo que las partes hayan decidido en el *mini-trial agreement*, vid. *supra*, nº. 35. En este sentido, los representantes de las partes, si así se ha acordado, también podrán hacer preguntas durante el transcurso de las respectivas exposiciones, vid. S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 283; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., p. 7-5.

¹⁰³ En esta segunda fase, la actuación del *neutral advisor* dependerá tanto de lo solicitado por las partes, como de la propia experiencia del tercero, porque según el comportamiento de aquéllas, así como de la naturaleza del conflicto, puede que su labor mediadora se produzca directamente, sin esperar a que la negociación directa fracase, o también cabe la posibilidad de que emita un pronunciamiento antes de que las partes se sienten a negociar, o incluso puede ocurrir que las partes contraten a un tercero, distinto del *neutral advisor*, para que actúe como mediador, vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 367; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., pp. 281-282; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, op. cit., p. 226; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs...», loc. cit., p. 332; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., pp. 248-249, 251-252; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., pp. 7-11-7-14; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., pp. 193-194; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, op. cit., p. 37; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute resolution: an essential competency for lawyers*, Nueva York, 2009, p. 36; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, op. cit., p. 134; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., pp. 26, 62. El *mini-trial*, tal y como se refleja en este apartado, puede adoptar muy diferentes formas, de ahí que algunos autores se refieran a él como un método que combina negociación y mediación, vid. J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 191. Aunque no es lo habitual, las partes pueden acordar que, en última instancia, el tercero dicte una resolución vinculante, vid. R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., pp. 7-6, 7-14.

¹⁰⁴ Mientras que en la negociación tradicional cada parte, junto con su abogado, se posiciona enfrente de la otra, en el *mini-trial* son los abogados de ambas las que se sientan enfrente de ellas, con el fin de que solamente éstas últimas lleguen a una solución, todo ello mediante la asistencia de un tercero, vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 362; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., pp. 242-244.

de forma rápida y satisfactoria para las partes, sin olvidar, además, el ahorro económico que supone en comparación con un proceso o un arbitraje.

37. Sin embargo, no es un mecanismo recomendable para todo conflicto, en primer lugar, porque normalmente implica más tiempo, dinero y recursos que otros ADR, de manera que su uso es más adecuado para controversias muy complejas tanto desde un punto de vista técnico y fáctico como jurídico¹⁰⁵. Y en segundo lugar, porque debido a su propia estructura, presupone que las partes enfrentadas deben ser grandes corporaciones¹⁰⁶. Ahora bien, el empleo del *mini-trial* puede ser útil tanto al principio del nacimiento del conflicto, como cuando dicha controversia está ya notablemente consolidada.

8. Summary Jury Trial

38. Este método de resolución de conflictos consiste en una somera exposición del caso por las partes ante un jurado imparcial¹⁰⁷. Éstas, asistidas por sus abogados, llevarán a cabo una concisa presentación de sus alegaciones y práctica de la prueba, base para que el jurado emita un veredicto. Aunque, éste no sea vinculante para las partes, servirá para que éstas logren comprobar la posible reacción de un verdadero jurado¹⁰⁸. Es un mecanismo totalmente confidencial, además, toda declaración, comunicación o resultado no podrá ser admitido en el eventual proceso judicial posterior¹⁰⁹.

39. Este tipo de ADR se hace normalmente en el marco de un proceso judicial, siendo conducido por un juez¹¹⁰. Como ocurre con el *mini-trial*, su finalidad es que las partes comprueben, en un breve

¹⁰⁵ Vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 369; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., p. 219; J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure...», loc. cit., p. 183; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., pp. 7-2-7-3; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 195; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, op. cit., p. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., p. 61.

¹⁰⁶ Por ello, los casos que salen a la luz pública suelen traer causa de controversias multimillonarias entre grandes empresas, vid. ad. ex. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 196; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., pp. 62-66.

¹⁰⁷ En general, se afirma que este ADR es especialmente beneficioso cuando se espera un juicio largo, sólo así se entiende justificada su puesta en marcha, vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., p. 615; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 286; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, op. cit., pp. 169-170; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, op. cit., p. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., p. 67.

En cuanto a su ámbito material, se han demostrado especialmente útiles en casos de negligencia, responsabilidad por productos defectuosos, lesiones, en general, aquellos supuestos calificados como de responsabilidad extracontractual, y en especial los que son más novedosos de manera que sea difícil predecir la reacción de un jurado, si bien, también son útiles en los de naturaleza contractual, antitrust, y los relativos a derecho marítimo, vid. F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», loc. cit., p. 383; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 282; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., pp. 172-173, 176.

Una modalidad similar a este ADR es el *summary bench trial*, donde es un juez, y no un jurado, el que emite una opinión no vinculante sobre el caso, vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., p. 613.

¹⁰⁸ De hecho, los miembros del jurado suelen desconocer que, realmente, están formando parte de un *summary jury trial*, sino que creen se encuentran ante un verdadero *trial*, o al menos, que su decisión será realmente vinculante, vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., p. 613; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 286; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 173; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, op. cit., p. 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., pp. 26, 67. Sin duda, esto favorecerá la utilidad del ADR, en tanto que su veredicto gozará de un total realismo para las partes implicadas. En algunos casos, una vez que el *summary jury trial* ha finalizado, los abogados de las partes pueden preguntar a los miembros del jurado sobre sus reacciones y razonamientos de forma más detallada, para así ayudarles en la posterior negociación, vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 371; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., p. 282; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 174; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, op. cit., p. 38; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, op. cit., p. 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., p. 26.

¹⁰⁹ Vid. J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., pp. 174-175; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, op. cit., p. 38; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, op. cit., p. 269.

¹¹⁰ El juez puede ser el mismo que lleva el caso, o puede ser otro designado exclusivamente para dirigir este ADR, vid. M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, op. cit., p. 38. En este sentido, los *summary jury trial* suelen tener lugar una vez realizado el *discovery*, vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., p. 613; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., p. 173.

espacio de tiempo -su duración suele ser de un día- el posible resultado que pudiera tener el proceso ante los tribunales, de manera que intenten llegar, por ellas mismas, a un acuerdo. Además, incluso si no se llega a un acuerdo, pueden extraerse beneficios de su realización, porque el trabajo de los abogados a la hora de preparar sus exposiciones, habrá ayudado a perfilar los diferentes intereses y cuestiones que componen el caso, en definitiva, favorecerá el posterior desarrollo del proceso judicial¹¹¹.

9. Relationship Contracting

40. Este término se utiliza para identificar al conjunto de métodos que se encargan tanto del objeto o fondo del contrato, como del modo de llevarse a cabo, esto es, de gestionar los diferentes obstáculos que surgen en el marco de su ejecución, con el fin de generar una relación óptima entre las partes y así alcanzar sus objetivos de la forma más eficiente posible, en tanto que suelen utilizarse cuando el proyecto o finalidad a realizar implica una gran cantidad de dinero, tiempo y esfuerzo humano¹¹². Pues bien, entre las diferentes formas de *relationship contracting*, el *partnering* y el *alliancing* se presentan como los más destacados en el ámbito de la solución de controversias. La característica más predominante de ambas es aquella que se refiere a la asistencia a los participantes en sus relaciones, y en consecuencia, a la prevención y resolución de los conflictos a lo largo de la vida del proyecto¹¹³. Por tal razón, aunque se consideran ADR, son algo mucho más amplio y globalizado, una forma de hacer negocios siguiendo el mismo espíritu de cooperación, confianza y buena fe que caracteriza a aquéllos.

A) Partnering

41. El *partnering* es un método de prevención y resolución de conflictos, normalmente utilizado durante la ejecución de contratos de larga duración, caracterizados por su gran complejidad así como por la participación de una pluralidad de partes¹¹⁴. Mediante la creación de un clima de colaboración y

¹¹¹ Vid. T.D. LAMBROS, «The summary trial: an effective aid to settlement», *Judicature*, vol. 77, n° 1, 1993, pp. 7-8; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 175-176; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...op. cit.*, p. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pp. 26, 67. A pesar de las citadas ventajas, este ADR tampoco ha estado exento de críticas, vid. R.A. POSNER, «The summary jury trial and other methods of alternative dispute resolution: some cautionary observations», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, 1986, pp. 368-389.

¹¹² Aunque la expresión *relationship contracting* es muy común, también se han utilizado otras como *relationship management*, vid. K. MANLEY, «Partnering and alliancing on road projects in Australia and internationally», *Road & Transport R. J.*, vol. 11, n° 3, 2002, p. 4; *relational contracting*, vid. J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting from the Wittgenstein family-resemblance philosophy», *Int'l. J. Project Management*, vol. 30, n°2, February 2012, pp. 225-239; o *collaborative relationships*, vid. R.L. GREEN, «Partnering and alliances: theory and practice», *SPE*, 1995, p. 197.

¹¹³ El *relationship contracting*, así como muchos de las modalidades que lo conforman, han nacido y se han diseñado, especialmente, para ser utilizados en el campo de la construcción, ámbito donde su uso es más frecuente: el *Build Own Operate Transfer*; el *Managing Contractor*; el *Engineer Procure and Construct*; el *Novated Design and Construct*; el *Design and Construct*; el *Document and Construct*; el *Construction Management*. Sin embargo, ello no obsta para que algunos también sean utilizados en sectores diferentes de la industria. Entre ellos se encuentran: el *Project Management*; el *Partnership*; el *Joint-Venture* y; el *Performance Incentive Contract*. Todas estas formas de *relationship contracting* se caracterizan por: lograr un desarrollo eficaz del proyecto, tanto en términos de tiempo como de dinero; crear un clima de confianza y colaboración entre las partes donde la comunicación sea fluida; conseguir una ejecución de calidad donde a partir de los diferentes intereses de los participantes, éstos se comprometan a lograr unos objetivos comunes, todo ello con la asistencia de un tercero, el *facilitator*. Vid. ACA (Australian Constructors Association), *Relationship contract: Optimising Project Outcomes*, North Sydney, 1999, pp. 1-36; B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting: what is it and where is it going?», *SPAN*, p. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important differences between partnering and Alliance procurement models and why are the terms so seldom confused?», http://cms.3rdgen.info/3rdgen_sites/107/resource/MacDonald-AIPMOct05.pdf; R. QUICK, «Introduction to alliancing and relationship contracting», *QLS/BAQ Symposium 2002*, pp. 1, 5-6; J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting...», *loc. cit.*, pp. 230-233.

¹¹⁴ El *partnering* es muy utilizado en los contratos de construcción de larga duración, vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 198-199; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 222. Dentro de los contratos de construcción, este método resulta especialmente útil en aquellas relaciones entre las empresas privadas y las administraciones públicas, diferenciadas por gozar de una mayor confrontación, vid. D.P. JOHNSON, ««Partnering» in government contracts: the ultimate in dispute resolution», *World Arb. e Med. Rep.*, November 1990, pp. 141-142; no obstante los contratos entre sector privado y público que, en general, impliquen un gran número de partícipes e intereses en juego también pueden ser objeto de este mecanismo, vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 198; B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship

confianza, este mecanismo evita, y en su caso, resuelve todas aquellas controversias que van surgiendo a lo largo de la realización del proyecto, impidiendo la escalada del conflicto y logrando así que el contrato se desarrolle de forma eficaz y eficiente¹¹⁵.

En orden a lograr esta finalidad, el *partnering* debe contener una serie de elementos básicos: a) la voluntad de las partes, tanto de los altos ejecutivos como de cualquier otro participante, de mantener una actitud cooperativa en todo momento; b) la fijación de objetivos compartidos a partir de la toma en consideración equitativa de todos los intereses de cada una de las partes; c) la continua y permanente comunicación entre los participantes para entender y clarificar sus preocupaciones e intereses, así como para identificar, de forma prematura, potenciales problemas y conflictos; d) el necesario diseño de un sistema de resolución de conflictos y; e) la deseable constitución de este método en el inicio de la relación contractual.

42. El *partnering* se lleva a cabo a través de la creación de grupos de trabajo formados por todas aquellas personas implicadas en el proyecto¹¹⁶. Lo deseable, aunque no obligatorio, es que la primera reunión se produzca incluso antes del inicio de la actividad, porque en ella se asentarán los puntos clave para el funcionamiento del *partnering* hasta el final del proyecto. En este momento, se establece el compromiso firme de las partes implicadas para trabajar en un clima de confianza, se identifican los objetivos y expectativas comunes, se constituyen los canales de comunicación, y se elabora un sistema de resolución de conflictos. En definitiva, se articulan los elementos que conforman el *partnering*. Todo ello, se suele recoger en un documento, reflejo de la voluntad de los participantes a desarrollar el proyecto en tal ambiente colaborativo¹¹⁷. Dicho compromiso es fundamental porque este método de prevención

contracting...», *loc. cit.*, pp. 4-5; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, p. 350. Además, los *partnering* son aptos para aquellos proyectos relativos al intercambio y desarrollo de tecnología, caracterizados también por ser relaciones comerciales que implican un largo período de tiempo en su ejecución, y un alto potencial de conflictos, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 198-200; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 658. Este mecanismo también puede ser empleado para las corporaciones que sufren un gran cambio estructural, por ejemplo, una fusión con otra entidad proveniente de un país culturalmente diferente o la llegada de un nuevo director ejecutivo. Y para aquellas que, internamente, no atraviesan su mejor momento, por tener mala publicidad, por arrastrar un conflicto ya enconado en el tiempo, o por la pérdida repentina de un gran número de trabajadores, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 200. Finalmente, el *partnering* también ha sido utilizado como mecanismo para asistir a las partes durante la fase de negociación de una relación comercial de larga duración, esto es, como método para diseñar y configurar tal relación de la forma más óptima y beneficiosa, basándose en el acercamiento y encaje de las expectativas y objetivos de las partes, *vid. ad. ex.*, D.M. LAMBERT, A.M. KNEMEYER, «We're in this together», *Harv. Bus. Rev.*, December 2004, pp. 114-122. En este artículo se recoge el *partnering* llevado a cabo para lograr la constitución de un *partnership* de suministro, entre *Wendy's International* y *Tyson Foods*, empresas que, además, ya habían contratado anteriormente, aunque, en dichas relaciones, ya terminadas, habían existido ciertas dificultades. Pues bien, este método no sólo ayudó a constituir este nuevo proyecto de forma satisfactoria, sino también a eliminar los problemas pasados. Normalmente, el *partnering* está asociado a un solo proyecto, si bien, también se puede crear lo que se denomina *strategic partnering* o *long-term partnering*, esto es, un acuerdo marco para utilizar este método en todos los proyectos que las partes puedan llevar a cabo, *vid.* E. BAKER, «Partnering strategies: The legal dimension», *www.whitecase.com*, October 2006, p. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, pp. 6-7; S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing in construction projects*, London, 2003, pp. 3-8.

¹¹⁵ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 7; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, 2005, p. 198; L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation...», *loc. cit.*, p. 14; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, p. 182; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 10-18.4-10-19.

¹¹⁶ Se pueden crear uno o varios grupos de trabajo, dependiendo de la envergadura, naturaleza y complejidad del objetivo a seguir, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 207. En los contratos internacional de construcción, los citados grupos de trabajo están formados por representantes del cliente y del contratista, subcontratista, arquitectos, ingenieros, proveedores, aseguradoras, prestamistas, por los directores ejecutivos de cada uno de los participantes, además de otras personas, partes interesadas en el proyecto, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 658; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 222; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, p. 42. Si el *partnering* se desarrolla en el ámbito organizacional, los equipos se formarán por trabajadores, responsables de departamento, o altos ejecutivos, dependiendo del objetivo que se quiera lograr, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 207. Sin embargo, el *partnering* se caracteriza por la escasa o nula participación de abogados, *ibid.*, p. 208.

¹¹⁷ Este documento, denominado *partnering charter*, suele tener una naturaleza no vinculante para las partes, refleja nada más que un «código de conducta» para aquellas, aplicable durante el desarrollo del proyecto, *vid.* S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, pp. 2-3. Dicho documento suele realizarse aparte del contrato. Si bien, éste puede ser modificado para incluirlo en el mismo, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, p. 2; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, p. 3; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, pp. 6-7. El carácter no vinculante del *partnering charter* ha sido criticado, en tanto que otorga protagonismo al propio contenido del contrato, el cual lleva a la confrontación (estructura *win-lose*),

y gestión de conflictos debe impregnarlo todo. En cada fase del proyecto los grupos de trabajo deberán ir aclarando y priorizando las metas a alcanzar, anticipando problemas anteriormente no previstos, revisando las fases ya realizadas y resolviendo los conflictos que vayan surgiendo.

Sin embargo, toda esta labor no es realizada exclusivamente por las personas implicadas. Tanto para la constitución de estos grupos de trabajo, como para el buen desarrollo y funcionamiento del *partnering*, las partes estarán asistidas de un tercero, el *facilitator*. Éste les explicará en qué consiste el mismo, sólo así podrán comprometerse a trabajar bajo su estructura; se encargará de que todas las partes estén representadas y de que sean oídas; velará por mantener el ambiente cooperativo y de confianza; fomentará, durante todo el desarrollo del proyecto, la comunicación entre los participantes y; asistirá a las partes en la resolución de conflictos. En resumen, se ocupará de gestionar el *partnering*¹¹⁸.

43 Como ya se ha indicado antes, el *partnering* tiene, a su vez, un sistema propio de resolución de conflictos. Cuando una controversia surge, y atendiendo a la propia esencia de este método, siempre se otorga la primera posibilidad de arreglo a la negociación directa entre las partes implicadas, normalmente dentro de los grupos de trabajo, éstas pueden ser llevadas a cabo por los técnicos, o por los directivos al más alto nivel, dependiendo de las características de la diferencia¹¹⁹. Sin embargo, si el problema no logra solventarse, se procederá a la participación de un tercero. Éste puede ser el propio *partnering facilitator*, u otra persona externa que las partes acuerden¹²⁰. Este tercero, dependiendo de la naturaleza de la controversia planteada así como de su intensidad, llevará a cabo un método de solución de diferencias. Lo habitual es que el tercero comience asistiendo a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, de manera que si esto no funciona, entonces emite una evaluación sobre el conflicto, o recomienda una solución no vinculante -mediación, *mini-trials*, *fact-finding*, *neutral evaluation*, *summary jury trial*, *dispute review boards*, *combined dispute boards*-. En caso de que la controversia siga sin resolverse, el siguiente recurso será la participación en aquellos métodos que implican decisiones vinculantes para las partes -*adjudication*, *expert determination*, *dispute adjudication boards*-. Finalmente y en último lugar, se acudirá al arbitraje, e incluso el proceso judicial, teniendo en cuenta que ambos emiten pronunciamientos que son título ejecutivo y tienen efecto de cosa juzgada.

44. El *partnering* tiene muchas ventajas, principalmente, la reducción del coste y tiempo en la ejecución del proyecto; una mayor calidad del mismo; la mejora en la capacidad para responder a los cambios; una comunicación y forma de trabajar entre las partes más positiva y eficaz; así como una utilización más efectiva de los recursos. Sin embargo, esto no significa que resulte útil en todo caso: su funcionamiento supone un coste que, en algunas ocasiones, puede ser demasiado alto para un proyecto modesto, o puede suponer demasiado dinero si las circunstancias de negocio empeoran; su efectividad puede disminuir si este método no se introduce desde el inicio; su utilidad puede verse afectada por la

lo que implica que, cualquier conflicto derivado del mismo, pueda acabar presentándose ante los tribunales, *vid.* C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, p. 7; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.* p. 7. En el caso *Birse Construction Ltd v. St. David Ltd* [1999] BLR 194 (Technology and Construction Court), dicha naturaleza hizo que el tribunal sólo pudiera declarar al *partnering charter* como otro instrumento más a la hora de interpretar el contrato. Ante tal situación, en el Reino Unido se han desarrollado auténticos contratos vinculantes de *partnering*, estandarizados por ciertas organizaciones del sector de la construcción. La *Institution of Civil Engineers* (ICE) introdujo en el 2001 la *NEC partnering option*, a ésta le ha seguido la *NEC 3rd Edition*, que también incluye aspectos importantes para el citado método. Por su parte, la *Association of Consultant Architects* (ACA) elaboró el *PPC 2000* o *ACA standard form of contract for Project partnering*, el *SPC 2000* o *ACA standard form of specialist contract for Project partnering*, y posteriormente, el *TPC 2005* o *ACA standard form of contract for term partnering*.

¹¹⁸ Aunque puede ser útil, no es necesario que sea experto en el sector del mercado bajo el cual se desarrollada el *partnering*. Lo realmente importante es su formación y experiencia en la gestión de conflictos entre una pluralidad de partes, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 208.

¹¹⁹ Se suele elaborar un gráfico de resolución de disputas, donde se recoge las personas, representantes de cada una de las partes implicadas, que van a participar, y el tiempo máximo que se va a dedicar al conflicto antes de que escale al siguiente nivel. A mayor nivel, los participantes ocupan puestos de más responsabilidad en sus respectivas corporaciones. Aunque puede existir un solo gráfico, lo normal es que se inserten varios en cada uno de los contratos de las partes, atendiendo a las diferentes controversias que, se prevé, puedan surgir, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 204.

¹²⁰ A este tercero se le puede denominar *project neutral*, *conflict manager* o *independent claims consultant*, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 209-210.

actitud negativa de los participantes ante cualquier cambio; el compromiso de las partes puede verse debilitado cuando ciertos problemas resurgen continuamente; la confianza y colaboración que debe primar entre las partes puede considerarse como una debilidad o una contradicción, dentro de un mercado altamente competitivo; además este método puede resultar vulnerable tanto a una eventual modificación en la composición de los participantes, así como la resistencia a cualquier tipo de cambio por parte de puede resultar perjudicial para su actividad¹²¹.

B) *Alliancing*

45. Esta figura es muy similar al *partnering*. También se basa en la creación de un ambiente de colaboración y confianza entre aquellas partes que participan en un proyecto de gran envergadura, se encarga de prevenir, y en su caso resolver, aquellos conflictos que puedan ir surgiendo a lo largo del mismo, con el fin de lograr los objetivos marcados de la forma más eficiente¹²². Esta circunstancia provoca que exista una gran confusión en la utilización de los términos *partnering* y *alliancing*, a veces expuestos como conceptos muy diferentes, y otras, empleados como sinónimos¹²³.

En este sentido, la bibliografía procedente de Australia, país donde el *alliancing* goza de un gran desarrollo, es prácticamente unánime a la hora de señalar las diferencias. En primer lugar, este método se caracteriza por su mayor pragmatismo, porque implica una participación formalizada en las ganancias y en los riesgos del negocio. En otras palabras, se reparten por igual entre todas las partes, tanto los beneficios que existan, como los perjuicios que puedan surgir, evaluados a partir de los objetivos previamente marcados por aquéllas. Se fomenta la situación *win-win*, o en su caso, *lose-lose* entre todos los participantes. Esto supone un incentivo a la hora de cooperar y gestionar los problemas que puedan surgir, para así lograr los objetivos marcados con los menores obstáculos posibles. En segundo lugar, otra diferencia es la existencia de un contrato formal, no sólo de una mera declaración de intenciones¹²⁴. En definitiva, el *alliancing* se configura como una evolución o perfeccionamiento del propio *partnering*, en orden a servir con mayor eficiencia a aquellos proyectos que son, aún, más complejos, tanto por su mayor envergadura como por contener mayores riesgos e incertidumbres¹²⁵. Sin embargo, los citados aspectos diferenciadores no parecen tan claros para el resto de la doctrina. Por un lado, no todos los *partnering* se constituyen en una declaración no vinculante para las partes, sino que también pueden configurarse como auténticos contratos¹²⁶. Por otro, aunque algunos autores defienden que tal mecanismo no prevé una auténtica posibilidad de compartir riesgos ni beneficios entre las partes, aspecto que sí caracteriza al *alliancing*¹²⁷; otros no recogen tal diferencia, sino que entienden a ambos métodos como poseedores de ese mismo rasgo¹²⁸.

¹²¹ Vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., pp. 210-211; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», loc. cit., p. 43. Debido a su tradicional naturaleza no vinculante, lo más importante del *partnering*, así como su punto débil, es la verdadera voluntad de las partes en orden a crear un clima de confianza y colaboración duradero, vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», loc. cit., p. 4.

¹²² El *alliancing* puede constituirse, al igual que ocurría con el *partnering*, para servir a un solo proyecto, o bien, para utilizarse en todos los proyectos que las partes vayan realizando, esto es, un *strategic alliancing* o *strategic alliance*. Este se puede configurar como un «acuerdo marco», de manera que en cada proyecto se realice un contrato, si bien, todos ellos estarán vinculados a dicho acuerdo; o como un «contrato marco», donde todo proyecto se rige por el mismo, existiendo, en consecuencia, una menor flexibilidad, vid. E. BAKER, «Partnering strategies...», loc. cit., p. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important...», loc. cit., p. 5.

¹²³ La confusión en el uso de las citadas palabras se pone de relieve en, vid. ad. ex. E. BAKER, «Partnering strategies...», loc. cit., pp. 1-4; S. FARRELL, «An international perspective on risk/reward contracting: comparison of U.S., Middle East and U.K. Alliances», *Offshore Europe*, 5-8 September 1995, Aberdeen, pp. 181-190; S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions: Lessons learned on international partnering and alliance contracts», *Offshore Technology conference*, 3-6 May 1996, Houston, pp. 589-599; ID., «Alliancing and partnering: Forming a successful alliance», *Osborne Clarke*, March 2012.

¹²⁴ Vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», loc. cit., pp. 2-5; C.C. MACDONALD, «What are the important...», loc. cit., pp. 4, 7; K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», loc. cit., pp. 4, 6; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», loc. cit., pp. 7-8.

¹²⁵ Vid. K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», loc. cit., p. 5.

¹²⁶ Vid. supra, nota 117; S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, op. cit., p. 38.

¹²⁷ Vid. J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., p. 100.

¹²⁸ Lo cierto es que en los *partnering* configurados como contratos, sí se puede prever el reparto de pérdidas y ganancias.

En cualquier caso, aunque el *partnering* pueda gozar de ambas características, lo cierto es que no son rasgos definitorios del mismo, sino que de forma general, suele configurarse como mera declaración de intenciones no vinculante para las partes, y sin ninguna clase de distribución de riesgos y beneficios¹²⁹. En cambio, el *alliancing* para ser considerado como tal, debe recogerse, necesariamente, en un contrato, y debe contener, de forma imprescindible, el ya citado reparto de ganancias y pérdidas¹³⁰.

46. El (*project*) *alliance agreement* recoge todos los derechos y obligaciones de las partes, la estructura y funciones de los órganos que conforman su funcionamiento, los principios que rigen el mismo. Es un acuerdo global, en virtud del cual, se definen los objetivos, los mecanismos de articulación de los riesgos y ganancias, así como la interrelación entre los diferentes participantes¹³¹. La existencia de este acuerdo no implica que las partes no mantengan sus contratos entre sí, todo lo contrario, éstos se configuran como complementarios¹³². La estructura típica de este método consiste en un (*project*) *alliance board*, y un *project management team*¹³³. El primero está compuesto por un representante de cada una de las partes, se encargan de asegurar el compromiso de los participantes con el proyecto, de crear canales de comunicación efectivos, de mantener el clima de confianza y colaboración, así como de resolver las disputas que puedan surgir en calidad de última instancia y siempre por unanimidad. Por su parte, el segundo órgano está formado por cada uno de los especialistas de las diferentes partes, éste se encarga de gestionar los diversos aspectos y conflictos técnicos del proceso que surgen diariamente como el diseño, la fabricación, la instalación, y puesta en marcha del proyecto, para que así los objetivos se alcancen¹³⁴. Todo el desarrollo de las citadas actividades, al igual que ocurre en el *partnering*, estará asistido por la labor de un *facilitator*, el cual se encargará de crear un ambiente cooperativo, donde existan comunicaciones fluidas, así como de mantener claros los objetivos comunes del proyecto y el compromiso de las partes para llevarlos a cabo según este método¹³⁵. En todo caso, al igual que ocurre en el *partnering*, se establece y diseña un sistema de resolución de conflictos adecuado al proyecto en el que se enmarca.

47. Por sus características, el *alliancing* es adecuado en aquellos proyectos más complejos, debido a que los riesgos e incertidumbres son mayores; los tiempos más ajustados; la existencia de grandes cambios es más probable; el gran número de recursos necesarios para lograr los objetivos; y porque pueden confluir distintas sensibilidades de tipo social, medioambiental o político.

Dicha posibilidad así se encuentra recogida, por ejemplo, en los contratos *NEC*, vid. E. BAKER, «Partnering strategies...», *loc. cit.*, p. 3; *Nec3 Procurement and contract strategies*, Institution of Civil Engineers, June 2005, pp. 11-16; S. FARRELL, «An international perspective...», *loc. cit.*, pp. 183-187; S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions...», *loc. cit.*, pp. 592-593.

¹²⁹ En cuanto a la amplitud del concepto de *partnering*, vid. S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, pp. 1-2.

¹³⁰ Vid. J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept», *Int'l. J. Project Management*, vol. 25, n° 3, April 2007, pp. 219-223. Estos autores entienden que los elementos definitorios del *alliancing* son, además de los dos ya mencionados, la confianza, el compromiso duradero, la cooperación y la comunicación.

¹³¹ Sobre los mecanismos de riesgo y beneficio, vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, p. 7; J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing in the offshore industry», *Int'l. J. Project Management*, vol. 17, n° 2, April 1999, p. 74.

¹³² *Ibid.*, pp. 73-74. El (*project*) *alliance agreement* es la forma más sencilla de configurar un *alliancing*, sin embargo, existen otros dos modelos: a) mediante la elaboración de un *interim project alliance agreement* como paso previo al contrato ya citado y; b) a través de la realización de un *master alliance agreement*, acuerdo anterior a los dos anteriormente citados. La finalidad de este último es crear un marco para proyectos futuros, de ahí que sea muy general y se utilice, principalmente, en las *strategic alliancing*. Por su parte, el *interim project alliance agreement* se ocupa de reflejar los términos y condiciones de un futuro contrato de *alliancing* para un proyecto en concreto. Vid. R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, pp. 10-11.

¹³³ Se utilizan también otras expresiones para los citados órganos. En cuanto al primero, *alliance leadership group*; en lo referente al segundo, *project alliance team* o *alliance project management team*, vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, p. 6; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, p. 10.

¹³⁴ Vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, p. 6; J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing...», *loc. cit.*, p. 74; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, pp. 9-10.

¹³⁵ Vid. S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions...», *loc. cit.*, p. 1.

VI. Diseño de sistemas de resolución de conflictos

48. Dentro del comercio internacional, y especialmente en aquellos contratos caracterizados por ser de larga duración y por implicar una gran inversión, la resolución de conflictos no comienza cuando surge una controversia, sino cuando se redactan y elaboran los contratos¹³⁶. En esta fase, y de manera general, las partes deben ser conscientes, al menos, de la relación jurídica que entablan y de los posibles problemas que pueden surgir como consecuencia y a lo largo de la misma, sólo así, podrán elegir el método de resolución de conflictos adecuado o incluso configurar un sistema que englobe varios mecanismos de arreglo de diferencias conforme a sus intereses¹³⁷. El diseño y elección de estos instrumentos, en el momento de la elaboración de los contratos, es el primer paso para evitar posibles conflictos y disputas o, al menos, poder solucionarlos de la forma más rápida posible una vez surjan, eludiendo su escalada, y por tanto, aportando eficacia y eficiencia a la relación comercial existente¹³⁸.

49. El paradigma de este modo de entender y tratar las controversias que surgen en aquellos proyectos perdurables en el tiempo y de gran complejidad lo constituye el *partnering* y el *alliancing*. Sin embargo, no todas las relaciones de negocios necesitan de tal estructura, sino que las partes podrán configurar sus propios sistemas de resolución de conflictos, más sencillos o complejos, atendiendo a sus circunstancias concretas. En todo caso, cualquiera que sea el diseño realizado, las partes implicadas deberán ser conscientes de que la fluidez en la comunicación, así como la colaboración, la motivación y la confianza son pilares básicos para el funcionamiento de todo sistema. Será labor del tercero fomentar tales aspectos entre las partes.

50. Normalmente, dicho diseño suele basarse en el grado de participación del tercero. El sistema suele empezar con su nula intervención –negociación¹³⁹–, para finalizar con su máxima implicación en la disputa –arbitraje o proceso judicial–, dejando el espacio existente entre ambos métodos para los ADR¹⁴⁰. Estos últimos también suelen ordenarse conforme al mismo criterio, que precisamente coincide con la clasificación ya explicada: en primer lugar los facilitadores, a continuación los evaluadores, y por último, los resolutorios. Además, en cada una de estas categorías, se deberá elegir aquel ADR que mejor se adopte al tipo de conflictos que se prevé puede surgir. Si, por ejemplo, los conflictos van a ser más bien de tipo técnico, el *fact-finding* o peritaje (evaluador) así como la *expert determination* (resolutorio) son más adecuados. En cualquier caso, ello no significa que sea necesario pasar por cada una de las fases descritas, sino que las partes, atendiendo a los conflictos planteados o que puedan surgir, diseñarán el sistema que estimen más adecuado¹⁴¹. Si bien, lo más habitual es fina-

¹³⁶ Ello no significa que también pueda realizarse tal diseño una vez surgido el conflicto, en este caso, también deberá ser analizados los diferentes aspectos que rodean a la controversia, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 339.

¹³⁷ En este sentido, el diseño de sistemas de resolución de conflictos está basado en dos premisas: a) el inevitable nacimiento de conflictos como característica propia de las relaciones humanas, y más aún, si éstas deben ser de larga duración y desarrolladas en contextos complejos; b) los conflictos pueden conllevar consecuencias negativas si son mal gestionados, pero un adecuado tratamiento de los mismos puede tener efectos positivos y mejorar las propias relaciones, *vid.* R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, p. 183.

¹³⁸ Asimismo, si se contrata con otras empresas que operan en Estados subdesarrollados, estas cláusulas también son muy apropiadas para así sustraer los posibles conflictos de los tribunales de dichos países, los cuales poseen sistemas legales y judiciales poco fiables, *vid.* W. VON KUMMERG, «The Future for Mediation in Europe», *Arbitration*, vol. 72, nº 1, February 2006, pp. 62-65.

¹³⁹ La negociación, a su vez, puede gozar de diferentes fases. Normalmente, los protagonistas empiezan siendo los responsables del ámbito donde el conflicto surgió, de manera que si éste no se soluciona, serán los altos ejecutivos de las empresas implicadas los que intenten llegar a un acuerdo.

¹⁴⁰ En este sentido, el orden más utilizado es: negociación-mediación-arbitraje, *vid. ad. ex.*, K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 52; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pp. 627-628; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 39, 57; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pp. 212-214.

¹⁴¹ Aunque el orden expuesto es lo habitual, también es muy común llevar a cabo mediaciones en su modalidad facilitadora, una vez realizado un ADR evaluador, esto es, cuando las partes conocen el eventual resultado de su conflicto, así como sus puntos fuertes y débiles. En el comercio internacional, esto suele ocurrir con la *neutral evaluation*, *vid. supra*, nota 58; con

lizar con el arbitraje, para así asegurar que, en todo caso, existirá una decisión que es título ejecutivo y tiene efecto de cosa juzgada¹⁴².

51. Como ya se ha apuntado antes, el diseño de los sistemas de resolución de conflictos se enmarca en relaciones comerciales de larga duración, caracterizadas por su complejidad así como por las cantidades de dinero y los importantes intereses en juego. Por ello, y a buena lógica, dicha configuración suele realizarse durante la elaboración de los contratos, siendo menos habitual una vez surgido el conflicto. Pues bien, dichos sistemas se recogen en las cláusulas denominadas *multi-step dispute resolution clauses* dentro de los respectivos contratos¹⁴³.

el *fact-finding* o peritaje, *vid. supra*, nº 25; con los *mini-trials* y *summary jury trials*, *vid. supra*, nota 103; e incluso con ADR resolutorios como el procedimiento precautorio prearbitral, *vid. supra*, nota 78. A esta función desarrollada por los ADR evaluadores se la denomina *loop-back*, *vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 341-342. Además, estos mecanismos también están pensados, en caso de que el conflicto perdure, para ser empleados como preludio y preparación de un posterior arbitraje o proceso judicial, *vid. supra*, nota 58, nº 25, nº 35, nota 111, nota 78.

¹⁴² Un claro ejemplo en este sentido es la configuración del *med-arb* y sus diferentes modalidades. También el *arb-med* y ambos realizados de forma simultánea gozan de tal consideración, porque, aunque no sigan el orden descrito, sí que poseen la misma filosofía: el laudo arbitral no desplegará sus efectos hasta que no se haya intentado la mediación. *Vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 343-344.

¹⁴³ Estas cláusulas reciben también otros nombres como *multi-tiered dispute resolution clause*, *dispute escalation clause*; *multi-step alternative dispute resolution clauses*; *cascade clauses*; *ADR first clauses*; *integrated dispute resolution clauses*, *vid. K.P. BERGER*, «Law and practice of escalation clauses», *Arbitration Int'l*, vol. 22, nº 1, pp. 1-3; *Id.*, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 51; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, p. 105; D. JONES, «Dealing with multi-tiered dispute resolution process», *Arbitration*, vol. 75, nº 2, May 2009, pp. 188-189; D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 27, nº 6, 2010, pp. 551-556; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, «Multi-Step dispute resolution clauses», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, DAVID ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, p. 733; E. PALMER, E. LÓPEZ, «The use of multi-tiered dispute resolution clauses in Latin America: questions of enforceability», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 14, 2003, p. 288; M. PRYLES, «Multi-Tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 2, 2001, pp. 159-160; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 86-87.

Asimismo, pueden existir cláusulas que sólo prevean la utilización de estos métodos en general, esto es, que establezcan la posibilidad de intentar llegar a una solución a través de un ADR antes de acudir a los tribunales o a un arbitraje, pero sin realizar más concreciones. Su finalidad es evitar que una de las partes proponga el empleo de uno de estos mecanismos una vez surgida la controversia, en tanto que esto suele verse como signo de debilidad. Por ello, se las denomina *ice breaker clauses*, *vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, Resolving disputes...*, *op. cit.*, pp. 619-620. En este caso, así como para configurar la *multi-step dispute resolution clause*, lo ideal es contratar los servicios de un *conflict manager* con el fin de asesorar a las partes sobre el ADR que más se adecua al eventual conflicto, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 53-54.